Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963

– Bestandsaufnahme und Kritik –

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde des
Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

1970

vorgelegt von **Fritz Weiß**

aus **Weingarten**

1971

Dekan: Professor Dr.Robert Scheyhing
1.Berichterstatter: Professor Dr.Günter Dürig
2.Berichterstatter: Privatdozent Dr.Hermann-Wilfried Bayer

Tag der mündlichen Prüfung: 16.Dezember 1970

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547609_0020

Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963

– Bestandsaufnahme und Kritik –

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde des
Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von **Fritz Weiß**

aus **Weingarten**

1971

typodruck d.+g. gaestetter, tuttlingen

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis Seite

1.Teil
Einführung

§ 1 Begriff des ö.r.Vertrags 1
I.Die Vertragsform im öffentlichen Recht 1
II.Ö.r.Verträge im engeren und im weiteren Sinn 1
III.Sub= und koordinationsrechtliche Verträge 2
IV.Behörden als Vertragsparteien 8
V.Die Abgrenzung des ö.r.Vertrags zum Privatvertrag . 11
VI.Die Abgrenzung des ö.r.Vertrags zum VA 15

§ 2 Die gesetzliche Regelung des ö.r.Vertrags im Entwurf 19

2.Teil
Die Zulässigkeitsgrenzen des ö.r.Vertrags

§ 1 Die allgemeine Zulässigkeit des ö.r.Vertrags 25
I."Rechtsvorschriften" als Zulässigkeitsgrenzen 25
II.Die Stellungnahme des Entwurfs zum bisherigen Meinungsstand 26
III.Der legitime Anwendungsbereich unbenannter ö.r.Verträge 32
IV.Zusammenfassung 40

§ 2 Die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vergleichs= und Austauschvertrags - zu §§ 41 und 42 E 45
I.Überblick 45
II.Subordinationsrechtliche Vergleichsverträge - § 41 E 49
III.Subordinationsrechtliche Austauschverträge - § 42 E 53

§ 3 Die Sicherung der Zulässigkeitsgrenzen durch § 45 E . 66
I.Überblick über die Entwurfsregelung 66
II.Der rechtswidrige Vertrag 68
III.Teilnichtigkeit des ö.r.Vertrags 75

§ 4 Die Rechtswirkungen unzulässiger ö.r.Verträge 76
I.Fortexistenz als privatrechtlicher Vertrag ... 76
II.Fortexistenz als einseitige Verfügung 80

3.Teil
Einzelprobleme

§ 1 Entstehung des ö.r.Vertrags 82
I.Möglichkeiten des Zustandekommens 82
II.Schriftform - § 43 E 85
III,Die Zustimmung Dritter - § 44 E 87

§ 2 Die Bindungswirkungen des ö.r.Vertrags 92
I.Unterschiede in den Bindungswirkungen zwischen VA und Vertrag 92
II.Begrenzung der Vertragsbindung bei Vertragsabschluß 93
III.Die Kündigung des ö.r.Vertrags - § 46 E 94
IV.Änderungen der objektiven Normenlage und Vertragsbindung 103

§ 3 Die Ergänzung der Entwurfsvorschriften durch § 48 E . 109
I.Überblick 109
II.Ergänzung durch sonstige Entwurfsvorschriften - § 48 S.1 E 110
III.Ergänzung durch bürgerliches Recht - § 48 S.2 E .. 115

4.Teil
Rechtsweg und Vollstreckung

§ 1 Der Rechtsweg bei Klagen aus ö.r.Verträgen 118
I.Mischverträge und Rechtsweg 118
II.Die einzelnen Klagearten und der Rechtsweg ... 120
III.Regelung der Rechtswegfragen im Entwurf 125
IV.Anhang:Schiedsgerichtsklausel und ö.r.Vertrag .. 125

§ 2 Die Zwangsdurchsetzung der Vertragsrechte 127
I.Bestandsaufnahme 127
II.Stellungnahme des Entwurfs 130

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
a.F.	alte Folge
Allg.Begr.	Allgemeine Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, S.53-80
allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931 (RGBl.I S.161)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung
BaWüGO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25.7.1955 (GBl.S.129)
BaWüKreisO	Landkreisordnung für Baden-Württemberg vom 10.10.1955 (GBl.S.207)
BaWüVGH	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
BaWüVwBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt, Landesbeilage der DÖV
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
BayVerfGH(E)	Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Entscheidungen des .)
BayVGH(E)	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Entscheidungen des .)
BayVwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23.6.1960 (BGBl.I S.341)
Bd.	Band
bestr.	bestritten
BFH(E)	Bundesfinanzhof (Entscheidungen des .)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl.S.195)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz i.d.F. vom 30.3.1961 (BGBl.I 304)
BSG(E)	Bundessozialgericht (Entscheidungen des .)
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen des .)
BVerwG(E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen des .)
bzw.	beziehungsweise

d.h.	das heißt
d.i.	das ist
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E, E 66	vgl. unter Entwurf
Einzelbegr.	Einzelbegründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, S.81-258
Entwurf	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, abgekürzt E neugefasst 1966, abgekürzt E 66
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und Württemberg-Badischen (Baden-Württembergischen) Verwaltungsgerichtshofs
EVRO,EVRO-Begr.	vgl. Schrifttumsverzeichnis
EVwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, Autorisierte Ausgabe der G.Grote'schenVerlagsbuchhandlung KG, Köln und Berlin 1964, mit Begründung - Abkürzungen s.o. unter Entwurf
ff.(f.)	folgende Seiten,§§ usw. (folgende Seite, folgender § usw.)
FStrG	Bundesfernstraßengesetz i.d.F.vom 6.8.1961 (BGBl.I S.1942)
GaststG	Gaststättengesetz vom 28.4.1930 (RGBl.I S.146)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl.S.1)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Rechts, begründet von Gruchot
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877 (RGBl. S.41)
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17.9.1953 (BGBl.I S.1411)
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof Kassel
h.M.	herrschende Meinung
i.a.	im allgemeinen
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.(d.)	im Sinn von (des)
i.ü.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
LadschlG	Gesetz über den Ladenschluß vom 28.11.1956 (BGBl.I S.875)
Landbeschaf=fungsG	Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23.2.1957 (BGBl.I S.134)
LBO	Landesbauordnung für Baden-Württemberg vom 6.4. 1964 (GBl.S.151)
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
ö.r.	öffentlich-rechtlich
ö.r.V.(e,en)	öffentlich-rechtlicher Vertrag (Verträge,Verträ=gen)
OVG	Oberverwaltungsgericht
prFluchtlG	Preußisches Gesetz betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2.7.1875 (GS S.561)
PrOVG(E)	Preußisches Oberverwaltungsgericht (Entscheidun=gen des .)
Rdnr.	Randnummer
RE	Referentenentwurf eines Verwaltungsverfahrens=gesetzes (Stand Juli 1967) des Bundesinnenmini=steriums
RFH(E)	Reichsfinanzhof (Entscheidungen des .)
RGaO	Reichsgaragenordnung vom 17.2.1939 (GBl.I S.219) i.d.F.des Erlasses vom 13.9.1944 (RArbBl.I S.325)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
Schmutz-SchundG	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i.d.F.vom 29.4.1961 (BGBl.I S.497)
SchutzberG	Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für militärische Verteidigung vom 7.12.1956 (BGBl.I S.899)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt (sogenannter, sogenannte)

SOVG(E)	Sächsisches Oberverwaltungsgericht (Entscheidungen des .)
Staatsbürger und Staatsgewalt	Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart - Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts 1963, 2 Bände
s.u.	siehe unten
ThürOVG(E)	Thüringisches Oberverwaltungsgericht (Jahrbuch der Entscheidungen des .)
u.	unten
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
VertragshilfeG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe vom 26.3.1952 (BGBl. S.198)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwArch	Verwaltungsarchiv
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl.I S.17)
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 27.7. 1957 (BGBl.I S.1110)
WohnbauG	1.Wohnbaugesetz vom 24.4.1950 (BGBl.S.83), neu gefasst am 25.8.1953 (BGBl.I S.1047) 2.Wohnbaugesetz vom 27.6.1956 (BGBl.I S.523)
WürttVGH	Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
WüRV	Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877 (RGBl. S.83)
ZweckverbandsG	Zweckverbandsgesetz vom 7.6.1939 (RGBl. S.979)

Schrifttumsverzeichnis

Apelt,W. - I Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920, Neudruck Aalen 1964

- II Der verwaltungsrechtliche Vertrag, AöR Bd.84 (1959) S.249-273

Bachof,O. - VerfR = Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (I= Band I 3.Aufl.1966, II= Band II 1966)

- Klage = Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951

- Entwicklungstendenzen = Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S. 3ff.

Baechi,W. Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag ? in Zeitschrift für öffentliches Recht Bd.14 (1934) S.62ff-115

Baring,M. - Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts als Aufgabe , in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.31ff-57

- Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl.1965 S.180ff-189

Barocka,E. Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme - Gestattungsverträgen zur Bodenbewässerung, in VwArch.Bd.51 (1960) S.1ff-36

Baur,F. Vertragliche Verpflichtung und hoheitliches Handeln, NJW 1964 S.1213

Beinhardt,G. Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, VwArch.Bd.55 (1964) S. 151ff-174, 210ff-263

Bettermann,K.A. Das Verwaltungsverfahren, Bericht in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 9. und 10.Oktober 1958, in VVDStRL Heft 17 S.118ff-182

Beyer,B. Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten, VwArch.Bd.32 (1927) S.226ff.

Brohm Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964 S.238ff-251

Brückler Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge, DRiZ 1964 S.372ff.

Buddeberg,Th.	Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AöR Bd.8 n.F. (1925) S.85ff-161
Bullinger,M.	- a.a.O.= Vertrag und Verwaltungsakt, Band 9 der res publica - Beiträge zum öffentlichen Recht, Stuttgart 1962
	- zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung, DÖV 1960 S.746-748
Burckhardt,W.	Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in Berner Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichts Bern 1924, S.1ff-92
Czermak	Was ist Verwaltungsermessen, DÖV 1966 S.750ff-754
Dürig,G.	Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in Festschrift für Willibald Apelt 1958 S.13ff.
EVRO-Begr.	Hegelmaier, Begründung zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931, hier insbesondere zu Art.47-51, S.175-189
Eyermann-Fröhler	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 4.Aufl. München und Berlin 1965
Fellner	Grundfragen des Verwaltungsverfahrens, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.345ff-363
Ferger	Der Begriff des Verwaltungsverfahrens nach Art. 84 GG, Diss.Tübingen 1962
Fischer	Expropriationsverträge, Diss.Heidelberg 1910
Fleiner,F.	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl.1928, 2.Neudruck Aalen 1963
Forsthoff,E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Band Allgemeiner Teil, 9.Aufl. München und Berlin 1966
Friedrichs,K.	Anm.B zum Urteil des Kammergerichts vom 20.Febr. 1925 - 17 Y 103/24 - in JW 1925, 2487f.
Gähtgens,W.	Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, in DRiZ 1965,S.130ff.
Giacometti,Z.	Grenzziehung= Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts= und Verwaltungsrechtsinstituten, Tübingen 1924
Giese,F.	Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1952
Goez,K.	Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, Tübingen und Leipzig 1902

Grellert — Zusicherungen im Beamtenrecht, Bonn 1964

Grosch,G. — Der Staat als Kontrahent, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd.V 1911 S.267ff-284

Haas,D. — Verwaltungsstreit zwischen Behörden desselben Verwaltungsträgers, in DÖV 1952,S.135ff,170ff. sowie DÖV 1954,S.113ff.

Hamann,A. — Kommentar zum Grundgesetz, 2.Aufl.1961

Hans — Der Vergleich vór dem Verwaltungsgericht, in DVBl.1951 S.721ff-725

Haueisen,F.
- Verwaltung und Bürger - Die Rechtsformen des Handelns der Verwaltung gegenüber dem Bürger, in DVBl.1961 S.833ff-839
- Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, in DVBl.1962 S.881ff-888
- Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, in NJW 1962 S. 2129ff-2132
- Unterschiede in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil, in NJW 1963 S. 1329ff-1336
- Anmerkung zum Urteil des BVerwGE 23,213ff., in NJW 1967 S.590f.

Henrichs,W. — Richterliche Vertragshilfe bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, in DVBl.1953 S.232ff-234

Herrnritt,H. — Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1924

Huber,E.R. — Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bände, 2.Aufl. Tübingen 1953/1954

Husserl — Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925

Imboden,M. — Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Heft 48 der Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel 1958

Ipsen,H.P.
- a.a.O.= Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956
- Besprechung von Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, VwArch.Bd.50 (1959) S.94ff.

Jaschkowitz,E.J. — Der Vertrag im Beamtenrecht, in AöR Bd.56 (n.F. Bd.17) 1929, S.321ff-378

Jedlicka — Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1928

Jellinek,G. — System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 2.Aufl. 1905/1919

Jellinek,W. - a.a.O.Festgabe= Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, in Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925 S.84ff-116

- a.a.O.Lehrb.= Verwaltungsrecht, 3.Aufl. Berlin 1931, unveränderter Neudruck 1948

Joseph — Die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen des öffentlichen Rechts, in Preußisches Verwaltungsblatt Bd.45 (1924) S.436ff.

Kamm,R. — Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in JuS 1961 S.146ff.

Kelsen,H. — Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in AöR Bd.31 (1916) S.53ff-98, 190ff-249

Kimminich — Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, in JuS 1963 S.268ff.

Kisker,G. — Insichprozeß und Einheit der Verwaltung, Heft 11 der Reihe Politik und Verwaltung, Baden-Baden 1968

Kleffner — Kommentar zur Garagenordnung, 1958

Klinger,H. — Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Aufl. Göttingen 1964

Knack,H.J. — Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in DVBl.1965 S.709ff-712

Kniesch,H.J. — Zum Vergleich im Verwaltungsprozeß, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.497ff-526

Kohl,R. — Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht, Diss.Freiburg 1934

Köhler,A. — Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt 1960

Kormann,K. — System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, Neudruck Aalen 1962

Köttgen — Subventionen als Mittel der Verwaltung, in DVBl. 1953 S.485ff.

Kottke,J. — System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrags, Diss.Hamburg 1966

Kratzer — Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in BayVwBl.1964 S.273ff-277

Krüger,H. — Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, in DVBl.1955 S.380ff-387

Laband,P. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5.Aufl. Bd.I, Tübingen 1911

Laforet,W. Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937

Landmann-Giers-Proksch Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1957

Larenz,K. - a.a.O.= Lehrbuch des Schuldrechts Bd.I Allgemeiner Teil, 7.Aufl.1964

- Geschäftsgrundlage= Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2.Aufl.1957

Layer,M. Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, eine Studie aus dem oesterreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916

Lehmann,H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11.Aufl. Berlin 1958

Lerche,P. Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.59ff-90

Löwer,K. Der verwaltungsgerichtliche Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft, in VwArch.Bd.56 (1965) S.142ff-157, 236ff-277

Mang-Maunz-Mayer-Obermayer Staats= und Verwaltungsrecht in Bayern, 2.Aufl. 1964

v.Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl. 1957 Bd.I

Martens,J. Normvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, in AöR Bd.89 (1964) S.429ff-471

Maunz,Th. Deutsches Staatsrecht, 13.Aufl. München 1964

Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, 2.Aufl.1964, 2 Bände

Mayer,O. - a.a.O.= Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, in AöR Bd.3 (1988) S.1ff-86

- DVR= Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 2.Aufl. 1914/1917

Melichar,E. Das Verwaltungsverfahren, 2.Mitbericht in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 9.und 10.Oktober 1958, in VVDStRL Heft 17 S.183ff-212

Mellwitz,A. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 28.3.1962 - V C 100.61 - , in DVBl.1962 S.601ff.

Menger,Ch.-F. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VwArch.Bd.52 (1961) S.92ff-101, 206ff-211

Menger-Erichsen	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VwArch.Bd.56 (1965) S.278ff-285 sowie VwArch.Bd.58 (1967) S.171ff.
Merk,W.	Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Band Berlin 1962
Mörtel,G.	- a.a.O.= Der öffentlich-rechtliche Vertrag und das Legalitätsprinzip, in BayVwBl.1965 S.217ff-221
	- Generalklausel= Auswirkungen der veränderten verwaltungsgerichtlichen Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in Schriften der Hochschule Speyer Bd.13 (1962) S.137ff.
Naumann	Buchbesprechung von Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, in DÖV 1962 S.719
Nawiasky,H.	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2.Aufl. Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
Nebinger,R.	Verwaltungsrecht - Allgemeiner Teil, 2.Aufl. Stuttgart 1949
Neumann-Nipperdey-Scheuner	Die Grundrechte, Bd.II 1954
Neuwiem	Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, 1919
Ossenbühl	Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
Palandt	Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 21. Aufl. München und Berlin 1962
Peters,H.	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Pieper,G.	Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, in DVBl.1967 S.11ff-19
Redecker,H.	Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Musterentwurf, DÖV 1966 S.543ff.
Redecker-v.Oertzen	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Aufl. Stuttgart 1965
Reusch,W.	Der Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss.Frankfurt 1929
Reuss,W.	Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.255ff-292

Rietdorf — Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in DVBl.1964 S.293ff-302, 333ff-337

Rosenberg,L. — Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8.Aufl. 1960

Rößler,P. — Der öffentlich-rechtliche Vertrag, in Die Verwaltungspraxis 1956 S.275-277

Ruck,E. — Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd.I Allgemeiner Teil, 1.Aufl. Zürich 1934

Rupp,H.H. — I = Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrags, JuS 1961 S.59ff-62

- II = Verwaltungsakt und Vertragsakt, eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystems der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts, in DVBl.1959 S.81ff-87

Ruppert,E. — Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss. Würzburg 1935

Salzwedel,J. — Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Heft 11 der Reihe Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Berlin 1958

Scheerbarth,W. — Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen, in DVBl.1960 S.185ff.

Schmitt,L. — Der Rechtsweg bei Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten, in BayVwBl.1966 S.304ff.

Schunck-de Clerc — Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2.Aufl. 1967

Seidel,H. — Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, Diss. Breslau 1927

Seydel,M.v. — Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873

Siebert,W. — Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung; zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht, in Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953 S.215ff-247

Spanner,H. — Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, in DÖV 1958 S.651ff-656

- Gutachten für den 43.Deutschen Juristentag, "Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?", Tübingen 1960

Speiser,R. — Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss.Basel 1922 (in Maschinenschrift)

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I.Band Allgemeiner Teil, 11.Aufl.1957

Steffen,W. — Der öffentlichrechtliche Vertrag im heutigen Recht, Diss. Königsberg 1938

Stein,E. — Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in AöR Bd.86 (1961) S.320ff-331

Stein-Jonas — Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Aufl.

Stern,K. — I = Zur Grundlegung einer Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag, in VwArch.Bd.49 (1958) S.106ff-157

- II = Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, in AöR Bd.84 (1959) S. 137ff-184, 273ff-330

Stich,R. — Die Rechtsnatur der beamtenrechtlichen Zusicherung, ZBR 1956 S.250ff.

- Das Verwaltungshandeln, JuS 1964 S.333ff-341, 381ff-391

- Die öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten der Zivilgerichte, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.II S.387ff., zitiert Zuständigkeiten

Terrake — Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss.Münster 1961

Tezner — Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, in AöR Bd.9 (1894) S.325ff.

Thomas,W. — Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in DÖV 1964 S.361ff-365

v.Turegg,K.E. — a.a.O.= Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl. 1956

- Insichprozesse= Beitrag zur Lehre von der Parteifähigkeit, in DÖV 1953 S.681ff.

v.Turegg-Kraus — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4.Aufl.1962

Ule,C.H. — Verwaltungsprozeßrecht, 3.Aufl. München und Berlin 1963

Ule-Becker — Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat- Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln und Berlin 1964

Ule-Sellmann — Zum Stand der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, in DVBl.1967 S.837ff.

Wach,H. — Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4.2.1966 - IV C 64.65 - in DVBl.1967 S.47

Wacke — Vollstreckbare "Leistungsbescheide" wegen "Eigenschäden" gegen Beamte, in DÖV 1966 S.311

Walther,C. Das Fernsprechanschlußverhältnis - ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, in VwArch.Bd.43 (1929) S.229ff-247

Walz,G.A. Die "Vereinbarung" als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts, in AöR Bd.14 (n.F. 1931) S.161ff-232

Wannagat,G. Der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Sozialversicherungsrecht, in NJW 1961 S.1191ff-1196

Willigmann,K. Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen, in DVBl.1963 S.229ff-233

Wolff,H.J. - a.a.O.= Verwaltungsrecht, Bd.I 7.Aufl. 1968, Bd. II 2.Aufl.1967

- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in AöR Bd.76 (1950/51) S.205ff.

Woltereck Unechte und echte Schiedsgerichte des Verwaltungsrechts, in DÖV 1966 S.323ff.

v.Zastrow Die Rechtswirksamkeit von Sozialgerichtsvergleichen auf dem Gebiet der gesetzlichen Rentenversicherung, in JR 1967 S.5ff.

1.Teil - Einführung

§ 1 Begriff des ö.r.Vertrags

I. Die Vertragsform im öffentlichen Recht

Der im Jahre 1963 vorgelegte Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes[1] regelt in den §§ 40-48 auch die Handlungsform des ö.r.Vertrags. Nach der Legaldefinition des § 40 Abs.1 wird durch den ö.r.Vertrag ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben. Damit lehnt sich der Entwurf an den in § 305 BGB vorgegebenen Vertragsbegriff an und folgt der herrschenden Meinung, wonach der ö.r.Vertrag nur eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen, in allen Rechtsbereichen beheimateten Rechtsinstituts des Vertrags ist[3] und es sich bei ihm nicht um eine freie Neubildung eines Rechtsbegriffs, sondern vielmehr in gleicher Weise wie im Privatrecht um einen echten Vertrag und nicht um ein öffentlich-rechtliches aliud handelt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Burckhardt und Stern haben sie überzeugend begründet: Der Vertragsbegriff stehe als allgemeines Ordnungsprinzip vor jeder positiven Rechtsordnung, sei von ihr unabhängig und entweder von ihr abgelehnt worden oder in sie eingegangen[4]. Aus dieser seiner apriorischen Natur erklärt sich auch, daß der Vertrag nirgends näher definiert ist[5], er vielmehr vom positiven Recht vorausgesetzt und nur noch näher geregelt wurde.

II. Ö.r.Verträge im engeren und im weiteren Sinn

Üblicherweise unterscheidet man ö.r.Verträge im engeren und im weiteren Sinn[6]. Ö.r.Verträge im weiteren Sinn umfassen auch solche im völkerrechtlichen, verfassungsrechtlichen[7], zwi-

---

1) im folgenden kurz E
2) = § 40 S.2 der Neufassung aus dem Jahre 1966 (kurz E 66)
3) G.Jellinek S.222f.; Kelsen S.225; Burckhardt S.1ff.; Salzwedel S.288; Stern I S.122f.
4) Burckhardt S.2; Stern I S.122ff.m.w.N.; Forsthoff S.269
5) vgl. z.B. die §§ 145ff.BGB; so auch Steffen S.15
6) Stern I S.108; Forsthoff S.263f.; Stich, JuS 1964,383
7) anschauliches Beispiel eines Grenzfalls in BVerwGE 9,50

schenstaatlichen und kirchenrechtlichen Bereich. Die Legaldefinition des § 40 Abs.1 E schließt zwar in ihrem Wortlaut die ö.r.Verträge im weiteren Sinn nicht aus; nach Meinung der Verfasser des Entwurfs ergibt sich jedoch aus der Regelung des ö.r.Vertrags in einem Verwaltungsverfahrensgesetz von selbst, daß die §§ 40ff.E nur ö.r.Verträge im engeren Sinn regeln wollten[1]. Eine solche Einengung des in § 40 Abs.1 E angesprochenen Vertragsbegriffs folgt aber auch aus den §§ 1 und 8 E[2]. § 1 E beschränkt nämlich den Anwendungsbereich des Entwurfs auf die"Verwaltungstätigkeit der Behörden" und damit auf die Art und Weise, in der diese zur Durchführung einer Verwaltungsaufgabe im Rahmen des materiellen Verwaltungsrechts Entscheidungen (im weiteren Sinn) im Einzelfall treffen; dies entspricht dem herkömmlichen Sinn des Verwaltungsverfahrens und schließt die Einbeziehung ö.r.Verträge im weiteren Sinn aus. Hierfür gibt auch § 8 E einen gewissen Anhalt in seiner Alternativstellung von VA einerseits und ö.r.Vertrag andererseits als möglichen Ergebnissen des im Einzelfall eingeleiteten Verwaltungsverfahrens.

Sollten die §§ 40ff.E somit nur ö.r.Verträge im engeren Sinn regeln, so hätten die Verfasser des Entwurfs dies viel einfacher durch Verwendung des entsprechenden engeren Begriffs "Verwaltungsvertrag" anstelle des umfassenderen Begriffs "öffentlich-rechtlicher Vertrag" klarstellen können[3].

III. Sub= und koordinationsrechtliche Verträge

1. Innerhalb der ö.r.Verträge im engeren Sinn unterscheidet man zwischen sub= und koordinationsrechtlichen sowie ö.r.Verträgen zwischen Privaten. Als koordinationsrechtliche werden

---

1) Einzelbegr.S.188

2) § 1 E = § 1 Abs.1 E 66

3) anstatt dies in der Einzelbegr.zu § 40 (vgl.S.188) nachzuholen. Daher verwenden auch viele Autoren bewusst die Bezeichnung"verwaltungsrechtlicher Vertrag"(Apelt I S.159ff;Stich, JuS 1964 S.383;Wannagat S.1192;vgl.auch Salzwedel S.27) oder kurz"Verwaltungsvertrag"(Martens a.a.O.;Baring,DVBl.1965,183; Kottke S.4f.).Bullinger a.a.O.S.25 bezeichnet mit "Verwaltungsvertrag" den ö.r.V. und den privatrechtlichen Vertrag der Verwaltung, eine Gleichstellung, die wohl ganz wesentlich zu seiner schroff ablehnenden Einstellung gegenüber vertraglichem Handeln der Verwaltung beigetragen hat.- Im folgenden soll die Terminologie des Entwurfs aus Gründen der Übersichtlichkeit beibehalten werden.

solche Verträge bezeichnet, bei denen die Parteien gleichgeordnet, als subordinationsrechtliche solche, wo sie im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen.

Die §§ 40ff.E regeln alle diese Arten von ö.r.Verträgen im engeren Sinn. Dies entspricht der Absicht der Verfasser[1] und ergibt sich auch aus der Legaldefinition des subordinationsrechtlichen Vertrags in § 40 Abs.2 E[2], die auf Sonderregelungen für diese Art von Verträgen verweist.

Mit einer umfassenden Regelung des ö.r.Vertrags in allen seinen Erscheinungsformen wollten die Verfasser verhindern, daß durch die Regelung nur einer der Vertragsarten - des subordinationsrechtlichen Vertrags - eine unterschiedliche Entwicklung der einzelnen Vertragstypen anläuft[3]. So sehr dieses Bestreben zu begrüßen ist, so wenig hat es bei den ö.r.Verträgen zwischen Privaten Erfolg[4]. Die Möglichkeit solcher Verträge ist heute fast allgemein anerkannt[5]. Ihrer Einbeziehung in die Regelung der §§ 40ff.E stehen jedoch die allgemeinen Vorschriften der §§ 1 und 8 E entgegen. Danach ist der Anwendungsbereich des Entwurfs (§ 1 E) und der Begriff des Verwaltungsverfahrens (§ 8 E) untrennbar mit der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit "der Behörden" verbunden. § 1 S.2 E[6] enthält zwar einen sehr weitgefassten Behördenbegriff, sodaß der unechte ö.r.Vertrag zwischen Privaten, wo eine der beteiligten Privatpersonen mit hoheitlichen Funktionen beliehen im Bereich der ihr übertragenen Verwaltungsaufgaben mit einem sonstigen Privaten einen Vertrag ab-

1) Einzelbegr. S.189 und S.194f.
2) = § 40 S.2 E 66
3) Einzelbegr.S.189;a.A.Stich,JuS 1964 S.383,der irrtümlich annimmt, die §§ 40ff.E regelten nur den subordinationsrechtlichen Vertrag
4) daß auch sie nach der Absicht der Verfasser von den §§ 40ff.E erfasst sein sollten ergibt sich aus Einzelbegr. zu § 40,S.189
5) Apelt I S.54ff,126 Anm.3;Jedlicka S.101ff;Kormann S.30;Salzwedel S.38ff;Imboden S.43f;Stern I S.148;PrOVGE 20,239ff,242; BGHZ 35,175ff,177; a.A.,soweit ersichtlich,nur Menger,VwArch. Bd.52(1961)S.100ff,insbes.S.100Anm.27 und v.Turegg S.100 Anm. 2. Auch die Verfasser des Entwurfs gehen in Einzelbegr.S.189 von der Möglichkeit solcher Verträge aus. Sie soll daher im Rahmen der Arbeit nicht angezweifelt werden.
6) = § 1 Abs.1 S.2 E 66

schließt, der Entwurfsregelung noch unterstellt werden kann. Echte ö.r.Verträge zwischen Privaten sind dagegen vom Anwendungsbereich der §§ 40ff.E ausgeschlossen. Das entspricht zwar nicht der Absicht der Verfasser, doch könnte diese nur durch eine Änderung des Entwurftextes verwirklicht werden[1].

2. Über- und Unterordnung

Nach der Legaldefinition des § 40 Abs.2 E[2] liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag dann vor, wenn die Behörde mit demjenigen, an den sie sonst einen VA richten würde, einen Vertrag abschließt, anstatt einen VA zu erlassen.

In der Rechtslehre wird für die Frage, ob die Parteien im Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen, von der herrschenden Meinung auf die allgemeine Rechtsstellung der Vertragspartner zueinander abgestellt, auf die "allgemeine (abstrakte) Gleichordnung"[3], von einer Mindermeinung dagegen auf die Gleich- bzw. Über- und Unterordnung "in Bezug auf den Vertragsgegenstand"[4]. § 40 Abs.2 E schließt sich hier der zweiten Auffassung an und bezeichnet nur solche Verträge als subordinationsrechtlich, bei denen im konkreten Fall, also in Bezug auf den vertraglich geregelten Lebensbereich, ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht.

Die Legaldefinition des subordinationsrechtlichen Vertrags im Entwurf ist zutreffend. Entgegen der herrschenden Meinung liegt nämlich eine Subordinationsbeziehung nur dann vor, wenn eine (an sich mögliche) einseitige hoheitliche Regelung durch eine vertragliche ersetzt wird. So ist z.B. auch ein Vertrag zwischen zwei Hoheitsträgern ein subordinationsrechtlicher, wenn der vertraglich geregelte Sachverhalt von einem Hoheitsträger dem anderen gegenüber einseitig hoheitlich hätte geregelt werden können[5]. Umgekehrt liegt in all den Fällen, wo eine Behörde mit einem einzelnen eine vertragliche Regelung trifft, die sie ihm gegenüber mangels entsprechender Befug-

---

1) zwischen echten und unechten ö.r.Verträgen zwischen Privaten wird - soweit ersichtlich - nirgends unterschieden, auch nicht von den Verfassern des Entwurfs
2) = § 40 S.2 E 66; vgl. Einzelbegr. S.195
3) Stern I S.143f.; Kottke S.7f, widersprüchlich aber auf S.15
4) Salzwedel S.41; Bullinger S.44
5) vgl. Kottke S.9

nissen einseitig nicht hätte treffen können; ein koordinationsrechtlicher Vertrag vor; denn auch in solchen Fällen fehlt ein Über- und Unterordnungsverhältnis "in Bezug auf den Vertragsgegenstand". Häufig wird auch der ö.r.Vertrag zwischen Privaten als ein Unterfall des koordinationsrechtlichen Vertrags schlechthin angesehen[1], obgleich eine einseitige hoheitliche Regelungsbefugnis eines Privatrechtssubjekts gegenüber einem anderen dort vorliegen kann, wo ein mit Hoheitsrechten beliehener Privater[2] im Bereich der ihm übertragenen öffentlichen Verwaltungsaufgaben mit einem Dritten (Privaten) paktiert (unechter ö.r.Vertrag zwischen Privaten). Handeln diese Privaten in Ausübung der ihnen beliehenen Befugnisse, so treten sie dem einzelnen gegenüber in Ausübung öffentlicher Gewalt auf[3]. Schließen sie im Bereich ihrer Verwaltungsaufgaben- und befugnisse mit Privaten Verträge, so stehen die Parteien "in Bezug auf den Vertragsgegenstand" im Über- und Unterordnungsverhältnis und der Vertrag ist subordinationsrechtlicher Natur.

Der Begriff des sub- und koordinationsrechtlichen Vertrags zeigt sich damit gänzlich relativiert und von der allgemeinen Rechtsstellung der Parteien - als Verwaltungsträger oder als ein dem allgemeinen Gewaltverhältnis Unterworfener - unabhängig. Will man aus der begrifflichen Unterscheidung von sub- und koordinationsrechtlichem Vertrag überhaupt rechtliche Folgerungen ableiten[4], so kann auf die allgemeine Rechtsstellung der Parteien nicht abgestellt werden.

Allerdings wollten die Verfasser des Entwurfs in der Begründung zu § 40 Abs.2 E hier wieder Einschränkungen machen. Sie wollten mit ihrer Legaldefinition " nur das außerhalb des Vertragsverhältnisses bestehende subordinationsrechtliche Verhältnis Behörde - Bürger umschreiben" und meinten mit der

1) Stern I S.144;H.J.Wolff § 44 II a S.281f;Bullinger S.44;Salzwedel S.41
2) sog.beliehener Unternehmer; dazu Terrake a.a.O.;H.J.Wolff Bd. II § 104;E.R.Huber Bd.I § 46; OLG Celle,MDR 1953 S.676
3) H.J.Wolff Bd.II S.307;E.R.Huber Bd.I S.547;Rupp,Privateigentum an Staatsfunktionen, in Recht und Staat 1963 S.19ff.; a.A.Forsthoff S.172ff.
4) wie es zumeist geschieht, nicht zuletzt auch im Entwurf

Formulierung des § 40 Abs.2 E nicht die der Behörde eröffnete Möglichkeit, im konkreten Fall einen VA zu erlassen, sondern die generelle Möglichkeit, an den Vertragspartner VAe zu richten[1]. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 40 Abs. 2 E - "öffentlich-rechtlicher Vertrag anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen" - kann dies schwerlich überzeugen und führt zu der bereits abgelehnten Differenzierung sub- und koordinationsrechtlicher Verträge nach der allgemeinen Rechtsstellung der Parteien, die für eine sachgerechte unterschiedliche Rechtsbewertung unergiebig ist.

3. Die Koordination der Parteien als Vertragsmerkmal

Vereinzelt wird die Koordination[2], teils sogar die rechtliche Gleichwertigkeit[3] der Parteien als Wesensmerkmal des Vertrags vorausgesetzt. Mit Recht übergeht die Legaldefinition des § 40 Abs.1 E dieses früher so überbetonte Vertragselement. Allzulange war das Postulat der rechtlichen Gleichwertigkeit der Vertragsparteien und ihrer Willenserklärungen für die Entwicklung des ö.r.Vertrags ein Hindernis gewesen[4] und hatte von den eigentlichen Problemen dieser Handlungsform nicht minder abgelenkt als die anfangs ganz einseitig an der Einbürgerung[5] und an dem Beamtenverhältnis[6] orientierte Diskussion über die Möglichkeit ö.r.Verträge. So baut O.Mayer auf dem Beamtenverhältnis seine abstrakte gegen den ö.r.Vertrag gerichtete Lehre auf: Nach ihm ist das Verhältnis von

---

1) Einzelbegr.S.194; Kottke S.8
2) Forsthoff S.267; a.A.Hans S.723 für den Prozeßvergleich
3) O.Mayer a.a.O.S.42; Layer S.17; auch Apelt I S.55ff,57; a.A. Laband S.166f.Anm.5
4) besonders O.Mayer, vgl.Stern I S.109f; wie hier Imboden S.41f.
5) dazu O.Mayer a.a.O.S.46ff.; G.Jellinek S.209ff.; Kelsen S. 225ff.,233
6) hier wird unterschieden:
   a) Begründung des Beamtenverhältnisses, nach noch h.M. ein VA (einen ö.r.Vertrag nehmen dagegen an Buddeberg S.156ff; Baechi S.112f.; Beyer S.228f; G.Jellinek S.209; neuerdings Imboden S.128ff und Lerche S.64; vgl. auch Kelsen S.233ff)
   b) besondere, insbesondere vergleichsweise getroffene Vereinbarungen bei Begründung oder Umgestaltung eines Beamtenverhältnisses, wo mehr und mehr ein ö.r.Vertrag angenommen wird, vgl. Salzwedel S.253f; Kniesch S.513 (er nennt besonders geartete Berufungsverträge für Hochschullehrer) BayVGH, BayVwBl. 1962 S.284f.; BGH, NJW 1955, 751; vgl. auch Lerche S.63f.; Grellert a.a.O.

Staat und Bürger durch eine besondere rechtliche Wirkungskraft, eine rechtlich überwiegende Macht des Gemeinwesens über die Untertanen seines Wirkungsbereichs gekennzeichnet, nämlich durch die öffentliche Gewalt. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis erscheint ihm nur dort denkbar, wo diese öffentliche Gewalt beteiligt ist; der Staat kann im öffentlich-rechtlichen Bereich als Träger eines rechtlich überragenden Willens dem einzelnen nicht mit gleichwertigen Willenserklärungen gegenübertreten. Die einseitig bindende Kraft des Staatswillens schließt daher ö.r.Verträge aus, weil der Vertrag gleichberechtigte Kontrahenten, koordinierte Rechtssubjekte" voraussetzt; "was von Seiten des Staates ausgesprochen wird, ist immer obrigkeitlich bindend"[1].

Das Verhältnis Staat - Bürger kann jedoch heute nicht mehr ausschließlich im Licht der Über- und Unterordnung gesehen werden. Selbst Bullinger, der in seiner Grundeinstellung und in seinen Ergebnissen O.Mayer sehr nahe kommt, räumt ein, daß das Schema der Überordnung des Staates über den Bürger an Überzeugungskraft verloren habe[2]. O.Mayers Supremationstheorie spricht dem Staat und seinen Ordnungsträgern im öffentlich-rechtlichen Bereich die Eigenschaft von Rechtssubjekten ab und sieht sie hier nur als Rechtsordnungssubjekte. Diese Vorstellung ist überholt: Auch rechtssatzmäßig nicht erfasste Bereiche können dem des öffentlichen Rechts zugeordnet werden, obgleich die öffentliche Gewalt hier nicht wirken kann. Das öffentliche Recht gibt auch in bestimmten Fällen der öffentlichen Gewalt nur dann Wirkungsmöglichkeiten, wenn der Betroffene mitwirkt[3] und verweist sogar in nicht wenigen Fällen ausdrücklich auf vertragliche Gestaltung. Schließlich sind auch vertragliche Beziehungen zwischen zwei gleichgeordneten Hoheitsträgern im verwaltungsrechtlichen Bereich nicht durch die öffentliche Gewalt begründet.

---

1) O.Mayer a.a.O.S.1ff,22,41f.- Kormann S.37;Seidel S.8ff. und Bullinger S.191 weisen zutreffend darauf hin, daß O.Mayers ablehnende Haltung auf einem Irrtum beruht, weil seine Polemik gegen den ö.r.V. in Wahrheit die Fälle mitwirkungsbedürftiger VAe betrifft und nicht die eigentlichen Verträge des öffentlichen Rechts

2) a.a.O.S.32; vgl. auch S.241ff.,2.,a), 249,256

3) Apelt I S.127

Ist somit das öffentliche Recht weder von der Beteiligung der öffentlichen Gewalt abhängig noch vom Prinzip der Ungleichheit der beteiligten Rechtssubjekte beherrscht, so setzt die begriffliche Existenz des ö.r.Vertrags auch nicht die rechtliche Gleichwertigkeit der Parteien voraus.

IV. Behörden als Vertragsparteien

Nach § 8 E ist das Verwaltungsverfahren zwar die "nach außen wirkende" Tätigkeit der Behörden, die ... auf den Abschluß eines ö.r.Vertrags gerichtet ist. Für beteiligungsfähig an einem solchen Verfahren erklärt der Entwurf jedoch in § 10 Z.3 Behörden schlechthin; er verzichtet dabei auf die Einschränkung des § 61 Z.3 VwGO, wonach Behörden nur dann am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt sind, wenn das Landesrecht dies bestimmt.

1. Bei dieser Regelung können sich Schwierigkeiten für die Abgrenzung des ö.r.Vertrags zu sonstigen Willensübereinstimmungen im öffentlich-rechtlichen Bereich ergeben:

Mitunter schreibt das Gesetz für die Willensbildung einer Behörde das Einvernehmen mehrerer zur Willensbildung berufener Personen vor[1]. § 8 E erleichtert die Abgrenzung zum Vertrag, welcher eine "nach außen wirkende" Tätigkeit der Behörde darstellt, während hier zwar eine Willensübereinstimmung vorliegt[2], die auch als solche nach außen wirken mag, die aber doch nur behördenintern erzielt wird auf Grund einer funktionellen Teilung im Bereich behördlicher Willensbildung.

Zweifelhafter wird die Abgrenzung in den Fällen, wo das Gesetz für externes behördliches Handeln die vorhergehende Willensübereinstimmung mit anderen Behörden, sei es desselben oder eines anderen Verwaltungsträgers, vorschreibt, wie z.B. aufsichtsbehördliche Genehmigungen oder sonstige Zustimmungen, Einwilligungen oder Einvernehmen verfahrensbeteiligter Behörden. § 8 E hilft hier nicht weiter, weil die genannten

1) so z.B. für die Tätigkeit des Gemeinderats, der früheren Steuerausschüsse, Musterausschüsse und von Kollegialbehörden

2) a.A. EVRO-Begr. S.188: Es liege keine Willenseinigung vor. Das ist insoweit richtig, als Beschlüsse meist nur einen gleichgerichteten Willen der Mehrheit voraussetzen

Willenseinigungen zwischenbehördlich und nicht behördenintern erzielt werden. Dennoch liegt kein echter Vertrag vor, wenn bei solchen in den Bereich des Verwaltungsverfahrens fallenden Mitwirkungakten zwischen den mitwirkungsverpflichteten Behörden eine interne Einigung erzielt wird. Solche Akte der Willensübereinstimmung sind allenfalls Rechtsbedingung für die Gültigkeit behördlichen Handelns nach außen, dienen der Vorbereitung einer nach außen wirkenden Verwaltungstätigkeit i.S.d. § 8 E, sind aber nicht dazu bestimmt, subjektive Rechte zwischen den Beteiligten zu schaffen[1].

2. Wie aber verhält es sich mit denjenigen - in der Verwaltungspraxis häufigen[2] - Rechtsvorgängen, wo mehrere Organe desselben Verwaltungsträgers eine einvernehmliche Regelung treffen, z.B. Vereinbarungen zwischen einer Gebietskörperschaft und ihrer unselbständigen Anstalt oder ihrem Eigenbetrieb? Der Entwurf scheint in § 10 Z.3 solche Vereinbarungen als echte ö.r.Verträge zu qualifizieren, indem er Behörden schlechthin die Beteiligteneigenschaft zuspricht und nicht nur den juristischen Personen, für die sie tätig sind. Insichgeschäfte[3] und hieraus erwachsende Insichprozesse[4] wären die notwendige Folge.

Der ö.r.Vertrag ist ein echter Vertrag und kein öffentlichrechtliches aliud. Er setzt daher auch nach der herrschenden Meinung zwei oder mehrere Rechtssubjekte als Vertragsparteien voraus[5], sodaß Vereinbarungen dieser Art dem internen Verwaltungsgeschehen unterfallen und ihnen Vertragseigenschaft nicht zukommt, da den hieran beteiligten Regiebetrieben oder unselbständigen Anstalten eigene Rechtspersönlichkeit fehlt[6].

---

1) im Ergebnis ebenso Apelt I S.64f.,101; Ruppert S.3; EVRO-Begr. S.177
2) Stern II S.278ff.,279
3) nicht im strengen Sinn des BGB(§181), denn hier fehlt es an der Voraussetzung zweier Rechtssubjekte
4) dazu v.Turegg,Insichprozesse;Haas,DÖV 1952,135,170 und 1954, 113;OVG Münster,DÖV 1953,570 mit Anm.v.Haueisen;OVG Berlin, DVBl.1964,82 mit Anm.v.Kilian;BayVGH,DÖV 1963,585 mit Anm.v. Gessler; Kisker a.a.O.S.23ff.
5) Baechi S.64;Steffen S.4; Salzwedel S.38
6) G.Jellinek S.205;Apelt I S.65,101; EVRO-Begr. S.177;Ruppert S.3; Jaschkowitz S.332f.; a.A. Giese S.95, II,2.; Stern II S.279; einschränkend Kisker a.a.O.

Es wäre aber zu voreilig, in § 10 Z.3 E eine schroffe Abkehr von diesem Rechtsträgerprinzip zu sehen. Zutreffend betont Kisker, daß eine Behörde durch den Erwerb der Beteiligungsfähigkeit nur zum Sachwalter der rechtsfähigen Person wird, als deren Organ sie handelt, und daß sie dadurch nur ermächtigt ist, für diesen Rechtsträger im eigenen Namen rechtswirksam handelnd nach außen aufzutreten[1]. Ob jedoch den aus den übrigen Aufgabenbereichen des Muttergemeinwesens ausgegliederten Funktionszentren ein begrenztes eigenes externes Wirkungsrecht (Teilrechtsfähigkeit) und damit die Fähigkeit, selbst Vertragspartei zu sein, verliehen ist[2], oder ob sie als Organe des Muttergemeinwesens in dieses eingegliedert und ihm gegenüber unselbständig sind, folglich auch mit diesem keine echten Verträge schließen können, will der Entwurf in § 10 Z.3 nicht entscheiden. Das Problem ist in der Literatur noch nicht geklärt und es kann im Rahmen der Arbeit auch nicht näher darauf eingegangen werden. Zu seiner Lösung wird man die hier angesprochene Fallgruppe von den Vereinbarungen unselbständiger, jedoch "teilrechtsfähiger" Organe mit dritten Rechtssubjekten auseinanderhalten müssen[3]. Wahrscheinlich hatten die Verfasser des Entwurfs bei der Regelung des § 10 Z.3 E überhaupt nur die letzteren Fälle im Auge. Solche Vereinbarungen, die teilrechtsfähige Organe im Rahmen ihres externen Wirkungsrechts mit Dritten abschließen, wird man unbedenklicher als echte Verträge und das Organ selbst als eigentliche Vertragspartei qualifizieren können, während - nach dem derzeitigen Meinungsstand - Vereinbarungen des Organs mit seinem Rechtsträger Vertragseigenschaft nicht zukommt. Einen gewissen Anhaltspunkt für eine solche unterschiedliche Beurteilung gibt auch § 8 E, wonach das mit einem Vertragsabschluß endende Verwaltungsverfahren sich nur als eine "nach außen gerichtete Tätigkeit der Behörden" darstellt, eine Formulierung, die die Ablehnung vertraglicher Insichgeschäfte sowie nachfolgender Insichprozesse wesentlich stützt.

---

1) a.a.O. S.27

2) Stern II S.278ff., 279

3) Verträge beider Fallgruppen müssen natürlich in den Rahmen des dem Organ verliehenen externen Wirkungsrechts fallen, d.h. in den Bereich, in dem diese Organe durch Rechtssätze berechtigt und verpflichtet sind, vgl. Stern II S.282

V. Die Abgrenzung des ö.r.Vertrags zum Privatvertrag

1. Der Ansatzpunkt einer Abgrenzung

Nach der Legaldefinition des § 40 Abs.1 E ist der ö.r.Vertrag ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Damit weist der Entwurf wenigstens auf den Ansatzpunkt der Abgrenzung hin: Sie hat weder von der Vertragsform, noch von den Vertragsparteien, sondern vom Gegenstand der vertraglichen Regelung auszugehen. M.a.W.: Das durch den Vertrag geschaffene subjektive Recht müsste, als objektives Recht zwischen den Parteien gedacht, dem öffentlich-rechtlichen Normenbereich zugerechnet werden können.

Dies entspricht auch der ganz herrschenden Meinung[1]. Jedoch kann man dem Entwurf nicht vorwerfen, er renne mit dieser seiner Aussage offene Türen ein. Rechtsprechung und Rechtslehre haben - trotz ausdrücklichem Bekenntnis zum Gegenstand der Vertragsregelung als Ausgangspunkt einer Abgrenzung - immer wieder und oft unbewusst die Vertragsparteien[2] und die Vertragsform[3] als entscheidende Abgrenzungskriterien verwendet; mitunter überließ man es auch dem Parteiwillen, unabhängig vom Gegenstand der Vertragsregelung ihren Vertrag als öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen auszugeben[4]. Soweit

---

1) Goez S.134; Forsthoff S.268f.; Stern I S.155; BayObLGZ a.F. Bd. 6,561ff,565f; VG Saarlouis,NJW 1968,2395 m.w.N.; einschränkend BayObLG, DVBl.1958,137ff.

2) vgl.z.B.Jedlicka S.8 einerseits, S.21 andererseits; Peters S. 154,die zwar ebenfalls die Abgrenzung nach dem Gegenstand der vertraglichen Regelung treffen,dann jedoch widersprüchlich feststellen,eine der Vertragsparteien müsse wenigstens Hoheitsträger sein.Ebenso Menger,VwArch.Bd.52(1961),99ff,106, der aber auch konsequent ö.r.V.e zwischen Privaten ablehnt.

3) die Auffassung,der Vertrag sei auf Grund seiner Rechtsform ein ausschließlicher Titel des Privatrechts(sog.Titeltheorie, dagegen zuerst Tezner a.a.O.S.325ff;Apelt I S.1f,123;Stern I S.112f) wurde noch sehr lange vertreten.Ein Beispiel dafür bietet die Rechtsprechung des PrOVG(zuletzt EBd.79,225ff,anders schon Bd.84,301ff),die lange Zeit am Begriff des Privatvertrags mit (zusätzlicher) ö.r.Wirkung festhielt - allerdings wohl eher zur Sicherung eines umfassenden Rechtsschutzes als aus einer besonderen Zuneigung zur Titeltheorie. Nachwirkungen zeigt diese frühere Praxis des PrOVG z.B. noch in einem Urteil des HessVGH,DVBl.1955,507

4) vgl.die Urteile des WürttVGH,WüRV VI,42 mit Anm.v.Speer; OVG Münster,DVBl.1954,305; BGH,DÖV 1961,618 sowie DÖV 1966,209; hiergegen mit Recht Apelt I S.135

der Entwurf dies mit seiner Legaldefinition unterbindet, verdient er volle Zustimmung.

2. Mehr als die Bestimmung des richtigen Ansatzpunkts bzw. eine Ablehnung der verfehlten Abgrenzungskriterien von Vertragsform, Vertragspartei und Parteiwille bedeutet dies aber nicht[1]. Der Entwurf begnügt sich damit, ohne die Abgrenzung selbst zuende zu führen und zu den einzelnen Abgrenzungsversuchen Stellung zu nehmen[2]. Die Abgrenzung des ö.r.Vertrags vom Privatvertrag steht in allzu enger Verbindung zu der noch ungeklärten Frage einer Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht; auch lässt sich der ö.r.Vertrag, sieht man ihn in allen seinen Erscheinungsformen, nur schwerlich in eine der vielfältigen Abgrenzungstheorien befriedigend einfügen[3]; bisher hat sich auch noch keine herrschende Meinung hierzu herausgebildet. Bei diesem Stand der Dinge taten die Verfasser des Entwurfs gut daran, sich eines "Gewaltstreichs" zu enthalten und mit einem weitgefassten Begriff des ö.r.Vertrags das ungeklärte Problem seiner Abgrenzung vom Privatvertrag innerhalb der von ihnen gezogenen Grenze der weiteren Entwicklung in Rechtslehre und Rechtsprechung zu überlassen. Auch der Rahmen dieser Arbeit lässt ein näheres Eingehen auf dieses Problem oder gar den Versuch seiner Lösung nicht zu.

3. Mischverträge

Nach herrschender Meinung lässt sich ein Rechtsverhältnis materiell nicht stets nur dem öffentlichen oder privaten Recht zuordnen, es kann sich vielmehr aus teils privatrechtlichen teils öffentlich-rechtlichen Elementen zusammensetzen[4]. Inwieweit die §§ 4Off.E auf solche gemischten Verträge anwendbar sind, lässt der Entwurf offen. Der Mischvertrag ist aber nicht nur eine für den Rechtsweg problematische Erscheinung[5], sondern mit der positiv-gesetzlichen Regelung des ö.r.

---

1) besonders die Rechtsprechung erweckt mitunter den Eindruck, als ob ihr diese Formel allein zur Abgrenzung genüge, vgl. BaWüVGH, BaWüVwBl. 1962, 79; OVG Saarland, JZ 1961, 673; BVerwG, DVBl. 1967, 40

2) Menger-Erichsen, VwArch. Bd. 56 (1965), 280

3) insbesondere versagt die Subjektionstheorie beim Vertrag

4) h.M., grundlegend Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949.- Für den ö.r.V. vgl. Layer S. 56; Forsthoff S. 113, 266; Imboden S. 108ff; Lerche S. 66f.; Stern I S. 152f., II S. 323; kritisch Menger-Erichsen, VwArch. Bd. 56 (1965) S. 280

5) zur prozessualen Behandlung der Mischverträge s.u. Teil 4 §1 I

Vertrags auch zu einem Problem materieller Rechtsanwendung geworden. Hier bereitet die herrschende Trennungstheorie Schwierigkeiten: Nach ihr ist auf die privatrechtlichen Bestandteile des Mischvertrags das für den bürgerlich-rechtlichen Vertrag geltende Recht anzuwenden. Unanwendbar ist dagegen § 48 E, denn diese Vorschrift gilt ausschließlich dem ö.r.Vertrag und daher bei gemischten Verträgen auch nur dem ö.r.Vertragselement; es wäre mit der Anerkennung gemischter Verträge und darin enthaltener rein privatrechtlicher Vertragselemente unvereinbar, auf diese gem. § 48 S.1 E primär die §§ 40ff.E und gem. § 48 S.2 E nur subsidiär bürgerliches Recht anzuwenden.

Hiervon ausgehend kann es allerdings zu Spannungen kommen, insbesondere wenn das bürgerlich Recht strengere Anforderungen als das öffentliche Recht stellt. Treffen z.B. die §§ 48 S.1 E i.V.m. 10ff. E für ö.r.Verträge eine besondere, von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abweichende Regelung über die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, so kann u.U. ein Mischvertrag in seiner öffentlich-rechtlichen Seite (nach den Entwurfsvorschriften) gültig zustande gekommen sein, in seiner bürgerlich-rechtlichen Seite (nach den §§ 104ff.BGB) jedoch nicht[1]. Der Mischvertrag ist also gem. §§ 48 S.2 E i.V.m. 139 BGB bzw. gem. § 45 S.2 E im Zweifel im ganzen nichtig.

Doch erscheint die Konsequenz hieraus immer noch als die tragbarste, daß nämlich die Parteien sowohl die Vorschriften des bürgerlichen wie auch die des öffentlichen Rechts zu beachten haben, soll ihr Mischvertrag nicht zumindest teilweise nichtig sein. Eine Einordnung des Mischvertrags ins bürgerliche Recht scheidet nach allgemeiner Meinung aus[2], denn die stärkeren öffentlich-rechtlichen Bindungen[3] beanspruchen für den öffentlich-rechtlichen Bestandteil des Mischvertrags vorrangige Geltung; ihnen auszuweichen wäre den Vertragsparteien auf einfachem Weg möglich, indem sie in den ö.r.Vertrag zusätzlich noch ein bürgerlich-rechtliches Vertragselement einbauen.

Auch bietet die sog. Einheitstheorie, die den Mischvertrag

1) vgl.z.B. § 11 Z.2, 2.Alt. E
2) Kottke S.16
3) z.B. in § 40 Abs.1 E

insgesamt dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuordnet, keine brauchbare Alternative[1]. Man geht dabei an sich von der richtigen Empfindung aus, daß ein ö.r.Vertrag nicht lediglich deshalb in seiner Rechtsnatur anders beurteilt werden kann, weil einer zweifelsfrei öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht eine Gegenleistung gegenübersteht, die sich ebenso gut und besonders häufig im Privatrecht findet (z.B. eine Geldleistung). Doch schießt man über das Ziel hinaus, wenn man die Lösung in einer "Majorisierung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht" sucht, ohne "daß die öffentlich-rechtliche Leistung den Schwerpunkt der gesamten Vereinbarung" bilden müsste[2]. So wird die Einheitstheorie auch alsbald wieder beschränkt auf die Fälle, wo der an sich privatrechtliche Vertragsteil mit dem öffentlich-rechtlichen "unmittelbar" zusammenhängt und beide nicht nur durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck äußerlich verbunden sind[3]. Wann aber das eine oder andere der Fall ist lässt sich im Einzelfall nur selten genau bestimmen. Schon deshalb muß die Unterscheidung "öffentlich-rechtlich - privatrechtlich" nicht den Vertrag als ganzes betreffen, weil das vertragliche Rechtsverhältnis ein Gesamtorganismus ist, aus dem einzelne Forderungen, Verpflichtungen und sonstige Rechte bzw. Rechtspflichten entspringen können[4], die auch einzeln für sich - auch im Klagewege - geltend gemacht werden können. Schließlich wäre es auch unverständlich, wenn bürgerliches Recht nur subsidiär Anwendung fände bei solchen Mischverträgen, deren Schwerpunkt im bürgerlich-rechtlichen Bereich liegt und deren damit "unmittelbar" zusammenhängender öffentlich-rechtlicher Bestandteil verhältnismäßig unbedeutend ist.

---

1) Apelt I S.132ff; Ruppert S.17; Kottke S.16ff; vgl. auch H.J.Wolff a.a.O. Bd.I § 22 III g S.95

2) Kottke S.17; H.J.Wolff a.a.O. Bd.I § 22 g, S.95. Dieses Postulat beruht wohl auf der unzutreffenden Annahme, daß das öffentl. Recht den Parteien immer stärkere Schranken und Bindungen auferlege als das bürgerliche Recht, was aber nicht zutrifft: Z.B. stellen die §§104ff. BGB häufig strengere Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit als das öffentl. Recht, oder es genügt für den ö.r.V. in jedem Fall die Schriftform, nicht aber für den bürgerlich-rechtlichen Vertrag, vgl. z.B. §§310ff. BGB

3) Apelt I S.132f; Kottke S.17f.

4) Stern I S.152f. m.w.N.

VI. Die Abgrenzung des ö.r.Vertrags zum VA

1. Der Ansatzpunkt

Form und Bezeichnung durch die Parteien oder den Gesetzgeber ergeben keinen brauchbaren Ansatzpunkt für die Abgrenzung von VA und ö.r.Vertrag[1]. Auch der Entwurf lässt mit der Definition beider Handlungsformen in § 27 E (VA) und § 40 Abs.1 E (ö.r.Vertrag) allein sachliche Gesichtpunkte entscheiden und gibt damit zu erkennen, daß es nur auf die wirkliche Rechtsnatur der Maßnahme so, wie sie sich objektiv nach außen darstellt, ankommt.

2. Der Entwurf bejaht mit der Definition beider Handlungsformen die Notwendigkeit ihrer Abgrenzung. Daraus folgt:

a) VA und ö.r.Vertrag unterscheiden sich nicht allein in der Form, sondern auch in ihrem Inhalt, sonst wäre die Begriffsabgrenzung eine gänzlich untergeordnete Frage. Eine neuere Lehre, die im ö.r.Vertrag in gleicher Weise wie im VA ein Mittel des Normvollzugs sieht und nur noch formale, nicht inhaltliche Unterschiede anerkennt[2], wird damit vom Entwurf abgelehnt[3]. Die Verfasser stellten mit Recht fest, es sei wenig sinnvoll, den nach bestehenden Rechtsvorschriften möglichen VA nur in das Gewand des Vertrags zu kleiden, vielmehr sei die Handlungsform des ö.r.Vertrags gegenüber der des VAs ein aliud. Aber auch die Prämisse dieser Lehre kann nicht anerkannt werden, daß sich die Tätigkeit der Verwaltung im Normvollzug erschöpfe[4], in einem "Nachvollzug der wertenden Entscheidung des Gesetzes"[5], geht es doch nicht nur um einen notwendigen, in der Allgemeinheit des Gesetzes begründeten Rest objektiver Ungewissheit, sondern (auch) um die Erfüllung der täglich neuen und sich ändernden Daseinsvorsorgeaufgaben i m R a h m e n der Gesetze. Als bloß vertragliche Feststellung gesetzlicher Rechtsfolgen verlöre der ö.r.Vertrag dagegen jegliches Daseinsrecht als sinnvolle Alternative zur Handlungsform des

1) allg.M., vgl. Kormann S.35f; Buddeberg S.96; Beinhardt S.249
2) Herrnritt S.1ff.; Menger, VwArch.Bd.52(1961) S.208ff; Stein S.326; Martens a.a.O.
3) vgl. Einzelbegr. zu § 40 Abs.2, S.194f.
4) Menger, VwArch.Bd.52(1961) S.208
5) Stein S.324 und Martens S.434

VAs[1].

b) Der Entwurf lehnt die mitunter vertretene Ansicht, in Zweifelsfällen spreche eine Vermutung für die Handlungsform des VAs[2], mit Recht ab. Der Hinweis, daß der Vertrag die Ausnahme und der VA die regelmäßige Handlungsform der Verwaltung sei, genügt nicht; noch weniger kann von einer "gefestigten historischen Betrachtungsweise" die Rede sein[3], nachdem - soweit ersichtlich - in keinem höchstrichterlichen Urteil in Zweifelsfällen das Abgrenzungsproblem mit einer solchen Vermutung gelöst wurde[4]. Versucht man den ö.r.Vertrag vom VA nach ihren wesentlichen Merkmalen abzugrenzen und hierzu nicht bloße Indizien heranzuziehen, so schließt dies eine derartige Vermutung aus.

Für die Handlungsform des VAs besteht insbesondere auch vom Verwaltungsprozeßrecht her keine faktische Vermutung mehr. Die von Mörtel angeführte Umkehrung des Satzes "wenn ein Verwaltungsakt vorliegt, ist verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben" in "weil verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, muß auch ein Verwaltungsakt vorliegen" gilt heute nicht mehr. Nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel dient der Begriff des VAs als ursprüngliche "Zweckschöpfung der Verwaltungsrechtswissenschaft"[6] nicht mehr dem Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen und dem in Art.19 Abs.4 GG verankerten Gebot umfassenden Rechtsschutzes[7].

3. Nach § 27 S.1 E ist der VA eine "hoheitliche Maßnahme einer Behörde", während der ö.r.Vertrag nach § 40 Abs.1 E ein Rechtsverhältnis ist, das durch Vertrag, also durch Einigung der Beteiligten, zustanda kommt. Der Entwurf bringt damit (nur) zum Ausdruck, daß der VA eine einseitige, von der Be-

---

1) Menger, VwArch.Bed.52(1961) S.210 hat sich selbst die Frage gestellt, ob dieses Gebilde noch die Bezeichnung "Vertrag" verdiene, und festgestellt, daß es sich nicht mehr wesentlich vom VA unterscheide
2) Reusch S.42; Peters S.155; Salzwedel S.44; Beinhardt S.250f.; Kottke S.21
3) Beinhardt S.250
4) ebensowenig im verwaltungsrechtlichen Schrifttum
5) G.Mörtel, Generalklausel S.137ff.,150
6) BVerwGE 3,258ff.,262
7) dazu O.Bachof, Entwicklungstendenzen S.9f.

hörde getroffene Regelung ist, der ö.r.Vertrag dagegen eine zweiseitige, von beiden Parteien getroffene Regelung. Diese sehr allgemein und vorsichtig formulierte Unterscheidung entspricht der herrschenden Meinung, ohne daß der Entwurf in den hier oft erst einsetzenden Theorienstreit eingreift[1]. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Abgrenzungstheorien ist im Rahmen der Arbeit nicht möglich. Richtig erscheint die Auffassung O.Mayers, wonach es für die Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit der Regelung entscheidend darauf ankommt, ob nur einer oder beide Beteiligte dem Inhalt des Rechtsverhältnisses Rechtswirkungen verleihen können. Beim Vertrag sind nur beide Beteiligte rechtlich befähigt, durch ihre Einigungserklärung dem Inhalt künftiger Beziehungen rechtliche Wirkung zu verleihen, die vereinbarten Berechtigungen und Verpflichtungen zu subjektiven Rechten und Rechtspflichten der Beteiligten zu erheben. Beim VA dagegen steht eine solche Rechtsbefugnis nur der Behörde zu; ihr allein ist es gegeben, durch den Erlaß des VAs Beziehungen zwischen Staat und Bürger zu Rechtsbeziehungen zu gestalten[2].

---

1) nach O.Mayer a.a.O.S.40ff. unterscheidet sich der ö.r.V. vom VA durch die Möglichkeit der Mitgestaltung des Vertragsinhalts durch alle Parteien; ähnlich Herrnritt S.444,446; Laforet S.217; Steffen S.30; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr.9; Stern II S.276; Beinhardt S.249ff.; OVG Münster, DÖV 1967 S.271; dieser Gedanke liegt auch anderen Abgrenzungsversuchen zugrunde: So wird z.B. der (mitwirkungsbedürftige) VA vom ö.r.V. häufig dadurch abgegrenzt, daß beim Vertrag zur Willenseinigung die Koordination der Parteien hinzukomme (so z.B. EVRO-Begr. S.177; Salzwedel S.43; Forsthoff S.267; BVerwG, DÖV 1967 S.268ff.,270) oder die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willenserklärungen (so z.B. Kormann S.36f.; Fleiner S.192; Seidel S.22). Ähnlich versuchen auch Apelt I S.5,80ff.,96 und Imboden S.121ff. die Abgrenzung aus der rechtsgeschäftlichen Natur des Vertrags zu begründen. Reusch S.19f. und Beyer S.226f. sehen hingegen den Unterschied in den verschiedenen Rechtswirkungen von Mitwirkungserklärung zum VA und Vertragserklärung, während W.Jellinek Festgabe S.101,107 und Baechi S.88ff.,109ff., die Bestandskraft des VAs zum Abgrenzungskriterium nehmen.G.Jellinek S.218f.nimmt schließlich einen VA an, wenn staatliches Handeln auf der normalen staatlichen Kompetenz beruht, einen ö.r.V. dagegen, wo der Staat ein neues Recht erwirbt, sei es einfache oder qualifizierte Gewalt.

2) Gleicher Ansicht wohl auch BVerwGE 19,19ff.,21,wonach der VA eine hoheitliche Regelung ist, die "unmittelbar rechtliche Wirkung"auf die subjektive Rechtsstellung der betroffenen Personen hat.

Durch die in § 43 E für den ö.r.Vertrag vorgeschriebene Schriftform werden die Abgrenzungsschwierigkeiten ganz wesentlich erleichtert. Danach ist der ö.r.Vertrag von beiden Parteien handschriftlich zu unterzeichnen (§§ 43, 48 S.2 E i.V.m. 126 Abs.2 BGB), sodaß er sich schon rein äußerlich vom VA unterscheidet, der - falls er überhaupt in Schriftform erlassen ist[1] - nur von der Behörde ausgefertigt wird[2].

1) vgl. § 29 Abs.2 E
2) vgl. § 29 Abs.3 E

§ 2 Die gesetzliche Regelung des ö.r.Vertrags im Entwurf

I. Die breite Erörterung des ö.r.Vertrags bezeugt, daß befriedigende Lösungen der Probleme, die diese Form des Verwaltungshandelns aufwirft, noch nicht gefunden sind und sich eine herrschende Meinung noch nicht herausgebildet hat[1]. Besonders in der Frage seiner Zulässigkeit befindet sich der ö.r.Vertrag in einem fortwährenden Existenzkampf[2]. Apelt macht für die Skepsis gegenüber dem ö.r.Vertrag die immer noch nachwirkende Auffassung O.Mayers vom Wesen des Verwaltungsrechts als dem Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen der Exekutivgewalt und den ihr Unterworfenen verantwortlich[3]; zu solcher Skepsis hat weiter auch das ungeklärte Verhältnis des ö.r.Vertrags zur Rechtsnorm und zum Gleichheitsgrundsatz[4] ganz wesentlich beigetragen. Die Problematik des ö.r.Vertrags wird am anschaulichsten, wenn man sich alle wesentlichen Argumente für und gegen diese Handlungsform vor Augen hält.

So werden gegen den ö.r.Vertrag etwa folgende Bedenken vorgetragen: Wo der Staat befehle, paktiere er nicht[5], denn im Bereich der Privatautonomie sei der Vertrag das typische Instrument rechtserheblichen Handelns, bei staatlichem Handeln dagegen der einseitige Hoheitsakt[6]. Wegen der grundsätzlich verschiedenen Zweckrichtung von Vertrag und VA[7], wegen der fehlenden Gleichordnung (Gleichberechtigung) der Vertragspartner bzw. ihrer Erklärungen[8] und schließlich wegen der Kollision von Vertragsfreiheit und öffentlich-rechtlicher Bindung[9] sei der Vertrag im Bereich des Verwaltungsrechts systemwidrig. Der Einfluß der zivilistischen Denkweise entfremde den ö.r.Vertrag

---

1) Löwer S.154 Anm.68
2) Stern I S.108; man denke z.B. an die Auffassungen von Bullinger sowie Giacometti und Pieper
3) Apelt II S.269
4) Apelt II S.270
5) O.Mayer a.a.O.S.30; vgl.auch Krüger S.382,2.; a.A.Stern I S.155
6) hiergegen besonders Nawiasky S.225f.
7) Goez S.149ff.; Bullinger S.18; a.A.Imboden S.51f.
8) O.Mayer a.a.O.S.22ff.; Kormann S.36f.; Giacometti S.17; dagegen Laband S.449; Kelsen S.190ff.; Apelt I S.54ff; Buddeberg S.89f., 104ff, 119ff, 130ff, 133; Baechi S.77ff; OVG Saarland, DÖV 1959,708; vgl.hierzu auch Salzwedel S.82ff.
9) Burckhardt S.68ff; Bullinger S.110f., 230, 246ff; v.Turegg-Krauss S.137f.; a.A.Kottke S.55f.

dem öffentlich-rechtlichen Bereich, führe fremdes Gedankengut ins öffentliche Recht ein und weiche dessen andersgeartete Strukturprinzipien auf[1]. Das öffentliche Recht sei im Prinzip zwingend, das Privatrecht dispositiv, sodaß auch nur das Privatrecht, das öffentliche Recht hingegen nur in seltenen Ausnahmefällen Verträge zulasse[2]. So entstehe die Gefahr, daß der ö.r.Vertrag in hoheitlich geregelte Ordnungen der Verwaltung einbreche[3], sich gegen das Gesetz auflehne[4] und die Verwaltung zu einem Verzicht auf Hoheitsrechte gegen den Willen des Gesetzgebers verleite, wo eine positiv-gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsabschluß fehlt[5]. Auch müssten im Rechtsstaat alle Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger durch Gesetz geregelt sein; der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlange, daß die Rechtssätze auf alle Bürger in gleicher Weise angewendet werden[6], während der Vertrag die Rechtsgleichheit aller Bürger gefährde[7], besonders auch in der Leistungsverwaltung[8]. Weiter könne der ö.r.Vertrag zu einer lästigen Fessel des Verwaltungshandelns werden[9] und das Verwaltungsermessen binden[10]. Der einzelne würde bei einer generellen Zulassung ö.r.Verträge unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot und den Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum gegen einseitige Hoheitsakte Widerstand leisten und den legitimen Wunsch auf Vertragsabschluß äußern[11]. Schließlich erschwere die mangelnde Publizität des ö.r.Vertrags die Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die Öffentlichkeit[12]; auch entstehe die Gefahr eines

1) O.Mayer, DVR 2.Aufl.Bd.I S.118ff; vgl.auch Apelt I S.18f; Stern I S.112f.
2) W.Burckhardt S.37,42ff.; ebenso bei Fehlen einer positiv-gesetzlichen Ermächtigung Goez S.154ff; Löwer S.238ff; dagegen Apelt I S.154; Reusch S.27ff; Steffen S.20
3) O.Mayer, AöR Bd.40,247; dagegen Buddeberg S.132; Reusch S.36
4) Bullinger S.17f; ähnlich auch Wach, DVBl.1967,47 und Menger-Erichsen, VwArch.Bd.58,176f; dagegen Marten S.471
5) Jedlicka S.109; Menger-Erichsen, VwArch.Bd.58,176f.
6) HessVGH, DÖV 1966,760; dagegen Apelt II,269ff; Steffen S.21
7) dazu Seidel S.37f; Forsthoff S.265; Salzwedel S.125ff; Imboden S.66ff; Apelt II S.270f.
8) Imboden S.74f; Stein S.322f.
9) Jedlicka S.44,91,109; Stern I S.147; Bullinger S.18; Haueisen, NJW 1963,1329ff; a.A.Steffen S.19f.
10) Bullinger S.87; Wach, DVBl.1967,47
11) Jedlicka S.109
12) Forsthoff S.265

Entzugs ö.r.Verträge aus der richterlichen Kontrolle[1], insbesondere durch gekorene Spruchstellen[2].

Ungeachtet der anhaltenden Bedenken in Rechtslehre und z.T. auch in der Rechtsprechung erfreut sich der ö.r.Vertrag in der Verwaltungspraxis einer steigenden Beliebtheit[3]. Man erklärt dies mit einer Wandlung des Staatsbegriffs[4], die Hand in Hand mit der Ausdehnung der staatlichen Verwaltungstätigkeit[5] bzw. der Verlagerung der staatlichen Aufgaben vom Eingriffs- auf den Daseinsvorsorgebereich und der dadurch bedingten Suche nach Alternativen des Verwaltungshandelns einhergehe. Hinzu tritt die immer stärkere Dezentralisierung der Verwaltungsfunktionen, insbesondere auch die Betonung der Selbstverwaltungstätigkeit der Gemeinden und sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die nicht nur ein vereinbarliches Zusammenwirken zwischen den verschiedenen gleichgeordneten Funktionenträgern[6], sondern auch mit dem einzelnen nahelegte, der diesen gegenüber um so gewichtiger und gleichgeordneter als Rechtspersönlichkeit auftreten kann, je mehr sie in ihrem örtlichen Wirkungskreis und Funktionenbereich begrenzt und so selbst "nur" als Rechtsperson und nicht als Organe einer komplexen Ordnungsgewalt erscheinen.

Vor diesem Hintergrund wird zugunsten des ö.r.Vertrags im einzelnen vorgetragen, daß er eine allgemeine Rechtsform beinhalte[7], deren auch die Verwaltungspraxis bedürfe[8], wie seine faktische Existenz bezeuge[9]. Mit vertraglicher Rechtsgestaltung lasse sich der Wirkungsgrad des Verwaltungshandelns erhöhen[10]. Die Verwaltung könne zu einer Gegenleistung gelangen, an der ein öffentliches Interesse bestehe[11]. Der ö.r.Vertrag eigne sich in atypischen Fallagen zum Ausgleich konträrer Interessenlagen besser als Anpassungsinstrument der Verwaltung als

---

1)dazu Knack S.711,cc,
2)Bullinger S.87ff.
3)Naumann,DÖV 1962,719
4)Lerche S.65;Salzwedel S.12
5)Salzwedel S.2f.;Spanner,DVBl.1958,724
6)Apelt II S.270
7)Laband S.449;Kelsen S.225; kritisch Apelt I S.57
8)Steffen S.48ff;Salzwedel S.15ff;Kottke S.46;Bachof,VerfR Teil 2 A 10 S.105f.
9)Buddeberg S.120;Apelt II S.268f.
10)Barocka S.2;Salzwedel S.1
11)Salzwedel S.1

der VA[1], insbesondere bei unklaren Sach- und Rechtslagen (Vergleichsverträge)[2], und diene hier besonders der Verwaltungsökonomie[3]; die objektive Normenlage werde nicht in allen Sachlagen dem dynamischen Verwaltungsinteresse gerecht, sodaß der ö.r.Vertrag hier einen geeigneten Ausgleich schaffen könne[4]. Die Verwaltung werde ohnehin in die Rechtsform des Privatvertrags ausweichen, wenn man ihr nicht die Handlungsform des ö.r.Vertrags zur Verfügung stelle[5]. Der ö.r.Vertrag trage zur Überwindung des Staatsabsolutismus bei, und es könne im heutigen Rechtsstaat der Verwaltung nicht verwehrt sein, sich mit dem einzelnen vertraglich zu einigen anstatt ihn mit Befehl und Verbot zu leiten[6]; der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts stehe wegen der Einigungserklärung der Vertragspartner nicht entgegen[7]. Die Verwaltung könne selbst Rechtsnormen schaffen, deren Geltung sie u.U. selbst unterliege; um so mehr müsse sie eine vertragliche Verpflichtung eingehen können, die für die selbst rechtsverbindlich wird[8]. Im Rechtsstaat sei die Verwaltung selbst Untertan des Gesetzes geworden und müsse die von ihr durch VA oder privatrechtlichen Vertrag begründeten Rechte der Untertanen gegen sich gelten lassen; in gleicher Weise sei sie auch an ein durch ö.r.Vertrag abgegebenes Versprechen gebunden[9]. Auch diene der ö.r.Vertrag dem Rechtsfrieden[10], er sichere die Rechtssicherheit und Stetigkeit der Verwaltung[11] und den Gleichbehandlungsgrundsatz[12]. Der ö.r.Vertrag könne rechtsfreie Räume füllen, in denen die Verwaltung sonst nicht wirken könne[13]; wenn der Staat privatrechtliche Verträge schließen könne, so müsse er auch die Möglichkeit haben, ord-

1) Apelt I S.11; Martens S.470; einschränkend Imboden S.114f.- Dagegen wird vorgebracht, die Nebenbestimmungen des VAs gäben der Verwaltung ein ausreichendes Instrumentarium von Anpassungsmitteln in die Hand, vgl. dazu Bullinger S.63ff.
2) Salzwedel S.1, 119ff.
3) Seidel S.37; Martens S.470; OVG Münster, DÖV 1960,799
4) Salzwedel S.19; Barocka S.15; Wach, DVBl.1967,47; Bachof, VerfR I Teil 2 A 10 S.105.
5) Buddeberg S.127f; hiergegen Bullinger S.93ff,108
6) Buddeberg S.133f; Kohl S.8f; Eyermann-Fröhler § 40 Anm.3a, Rdnr. 10; BayVGH, BayVwBl.1962,285f.; kritisch Imboden S.115
7) Reusch S.18f.
8) Apelt I S.51; dagegen Steffen S.14f; Imboden S.65f.; Forsthoff S.264 Anm.4; Beinhardt S.231ff.
9) Fleiner S.211; Kohl S.8; Seidel S.25
10) OVG Münster, DÖV 1960,799
11) Buddeberg S.133; a.A. Jedlicka S.42 Anm.1
12) OVG Münster, DÖV 1960,799
13) G.Jellinek S.210; Layer S.18ff; a.A. Reusch S.24f.

nungsbedürftige Tatbestände durch ö.r.Verträge auf dem Boden der Gleichordnung zu regeln, wenn andere Handlungsformen der Verwaltung nicht zur Verfügung stehen[1]. Durch die stärkeren Bindungswirkungen des Vertrags werde ein besserer Vertrauensschutz erreicht[2]. Schließlich spreche für die Zulässigkeit ö.r.Verträge die Generalklausel der VwGO[3] und die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit anerkannte Gleichordnung der Behörde und des Gewaltunterworfenen[4].

Über diesen Grundsatzstreit ist die Verwaltungspraxis längst hinweggegangen. In nahezu allen Bereichen des Verwaltungsrechts hat sich der ö.r.Vertrag - mit weitgehender Billigung der Rechtslehre und Rechtsprechung - als ein unentbehrliches Mittel des Verwaltungshandelns einen festen Platz erobert. Die prinzipielle Zulässigkeit ö.r.Verträge wird daher auch hier vorausgesetzt; es geht heute nicht mehr um die Institution des ö.r.Vertrags an sich, um seine Existenzberechtigung, sondern vielmehr um die Grenzen seiner Zulässigkeit und die Sicherung seines legitimen Standorts im System der Lehre vom Verwaltungshandeln. So war es auch das Anliegen der Verfasser des Entwurfs, in dessen Teil IV der Rechtswirklichkeit gerecht zu werden und der Verwaltung feste Regeln über den von ihr ständig praktizierten Vertrag in die Hand zu geben.

II. Allerdings ist die materiell-rechtliche Regelung des ö.r.Vertrags in einem Verwaltungsverfahrensgesetz ein gänzliches novum[5]. Anlaß dazu gab die Empfehlung des 43.Deutschen Juristentags, in eine künftige einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens die konnexen Materien des allgemeinen Verwaltungsrechts einzubeziehen, sowie das Anraten der gutachtlich

1) Kelsen S.227,240ff;Apelt I S.127;Buddeberg S.156; hiergegen W.Burckhardt S.70ff;Reusch S.17f.
2) Imboden S.212; dagegen Bullinger S.247ff.
3) Salzwedel S.13f.;dagegen Bullinger S.248
4) Steffen S.19; Knack S.710
5) Ule-Becker S.22. Die 1.Fassung hatte in den Mittelpunkt des Verwaltungshandelns den VA gestellt und war darin den bisherigen Kodofokationsversuchen (vgl.dazu Allg.Begr. S.55f.) und den hergebrachten Meinungen über den Begriff des Verwaltungsverfahrens (vgl. dazu Ferger S.64ff;Fellner S.345ff,351; Spanner, Gutachten S.29; Haueisen,DVBl.1962,881; Bettermann a.a.O.S.121f,132; Melichar a.a.O.S.196) gefolgt.

gehörten Professoren, in den Entwurf auch Vorschriften über den ö.r.Vertrag aufzunehmen[1]. Trotz der ständig steigenden Bedeutung des ö.r.Vertrags in der Verwaltungspraxis sind die Grenzen seines Anwendungsbereichs noch ungeklärt[2]; diese Zweifel wollten die Verfasser im Weg der Gesetzgebung klären, um der Gefahr vorzubeugen, daß das verwaltungspraktische Bedürfnis nach dieser Form des Verwaltungshandelns der "Verbannung in die Illegitimität" zugeführt wird; bei der Bedeutung des Vertrags in der Verwaltungspraxis stehe auch bei Fehlen einer positiv-gesetzlichen Ermächtigung am Ende des Verwaltungsverfahrens vielfach nicht mehr der VA, sondern der ö.r.Vertrag[3].

Dem Zweck der Veröffentlichung des Musterentwurfs, ihn der breiten Erörterung und fruchtbarer Kritik zu unterziehen[4], will die vorliegende Arbeit dienen. Wenn dabei auch ö.r.Verträge zwischen der Verwaltung und dem einzelnen im Vordergrund des Interesses stehen, so müssen doch auch die ö.r.Verträge zwischen zwei Verwaltungsträgern und zwischen Privaten mit in die Betrachtung einbezogen werden.

Inzwischen hat die Bund-Länder-Kommission auf einen Neuformulierungsvorschlag des Bundesministers des Innern hin im Jahre 1966 eine neue Fassung des Musterentwurfs erarbeitet (im folgenden mit E 66 abgekürzt). Auf der Grundlage des E 66 wurde im Bundesinnenministerium ein Referentenentwurf ausgearbeitet, der im August 1967 den Ländern zugeleitet wurde (im folgenden mit RE abgekürzt)[5]. Die Änderungen bzw. Änderungsvorschläge haben, soweit sie den Teil IV über den ö.r.Vertrag betreffen, die Grundkonzeption nur unwesentlich geändert; sie sollen im Zusammenhang mit der kritischen Betrachtung der einzelnen Entwurfsvorschriften mitberücksichtigt werde.

---

1) Allg.Begr. S.58,71ff.,73
2) Allg.Begr. S.73
3) Einzelbegr.S.191,187
4) vgl. das Geleitwort von Schmidt-Vockenhausen S.IX und des Ausschussvorsitzenden Rietdorf S.XI/XII
5) dazu im einzelnen Ule-Sellmann a.a.O.

2.Teil
Die Zulässigkeitsgrenzen des ö.r.Vertrags

Der Entwurf regelt die Zulässigkeit ö.r.Verträge in mehreren Vorschriften: § 40 Abs.1 E setzt die Zulässigkeitsgrenzen für alle Arten von ö.r.Verträgen. Die §§ 41 und 42 E stellen darüber hinaus noch besondere Anforderungen an die Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Vergleichs= und Austauschverträge. § 45 E sichert schließlich die Einhaltung dieser Vorschriften durch die Sanktion der Nichtigkeit für bestimmte Fälle, in denen ö.r.Verträge diesen Vorschriften zuwider abgeschlossen wurden.

§ 1 Die allgemeine Zulässigkeit des ö.r.Vertrags

I. "Rechtsvorschriften" als Zulässigkeitsgrenzen

§ 40 Abs.1 E (= § 40 S.1 E 66) lässt ö.r.Verträge zu, "soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen".

Verwaltungsvorschriften scheiden nach Meinung der Verfasser als Zulässigkeitsgrenzen i.S.d. § 40 Abs.1 E aus; ein Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften soll die Gültigkeit ö.r.Verträge nicht berühren[1]. Mit Recht gibt aber Baring zu bedenken, daß die Unterscheidung von (externen) Rechtsvorschriften und (internen) Verwaltungsvorschriften mehr und mehr problematisch geworden sei[2]. Man ist sich heute weitgehend darüber einig, daß zwar an dieser Unterscheidung nach wie vor festzuhalten ist[3], daß es aber auf die Rechtsform, in der die fragliche Vorschrift erlassen ist, nicht ankommt[4] und daß Verwaltungsvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen rechtssatzähnlicher Charakter zukommen kann[5]. Dann sind sie aber auch den Rechtsvorschriften i.S.d. § 40 Abs.1 E gleichzustellen, sei es auch nur derart, daß sie im Zuge der sog. Selbstbindung der Verwaltung[6] dem ö.r.Ver=

1) Einzelbegr.S.194 im Einklang mit Imboden S.98f., Nr.95 d
2) DVBl.1965, S.183 Nr.8
3) a.A.Brohm, DÖV 1964,238
4) Forsthoff S.133ff.; VGH Stuttgart, DÖV 1954,59
5) zum Meinungsstand vgl.Ossenbühl a.a.O.; dem kann im Rahmen der Arbeit nicht näher nachgegangen werden
6) zum Stand der Rechtsprechung vgl. O.Bachof, VerfR I Teil 1 B 65, Teil 2 A 51 u. B 103, VerfR II Nr.265f.

trag die (Abschluß= oder Inhalts -) Schranke des Gleichbehandlungsgebots setzen. Die Verfasser des Entwurfs wollten wohl auch nur solche Verwaltungsvorschriften als Zulässigkeitsgrenzen i.S.d. § 40 Abs.1 E ausschließen, die auch nicht mittelbar rechtssatzähnliche Wirkung entfalten.

II. Die Stellungnahme des Entwurfs zum bisherigen Meinungsstand

1. § 40 Abs.1 E als generelle Ermächtigung

Die Zulassung aller ö.r.Verträge in § 40 Abs.1 E, "soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen", sollte nach der Absicht der Verfasser nicht die allgemeine "normative Ermächtigung" zu ihrem Abschluß bringen[1]. Es ging ihnen vielmehr nur darum, durch eine "weitgefasste Zulässigkeitserklärung"[2] ö.r.Verträge überhaupt zu legalisieren, während die Grenzen ihrer Zulässigkeit in Zusammenhang mit den außerhalb des Entwurfs stehenden spezialgesetzlichen Materien gestellt werden; nur mit diesen zusammen will § 40 Abs.1 E über die Zulässigkeit ö.r.Verträge Auskunft geben[3]. Somit ist § 40 Abs.1 E einerseits für sich nicht als allgemeine Ermächtigung zu verstehen, andererseits aber auch als Ablehnung einer engen Normabhängigkeit ö.r.Verträge von einer positiv-gesetzlichen Einzelermächtigung, wie sie von den Vertretern der sog. normativen Ermächtigungslehre gefordert wird.

Der Entwurf befindet sich damit im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung, die u.a. auch in einem neueren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausdruck kommt[4]: Während das Gericht bewusst zur Zulässigkeit ö.r.Verträge keine abschließende Stellung nimmt[5], bekennt es sich doch grundsätzlich dazu, daß modernes Verwaltungshandeln sich nicht mehr auf Normsetzung und Normvollzug beschränken könne und deshalb einer Ergänzung durch vereinbarliche Regelungen bedürfe; darüber hinaus müsse aber - ohne daß hierfür allgemeine Regeln

1) Einzelbegr.S.190
2) Einzelbegr.S.191
3) Rietdorf S.336, Nr.25
4) DVBl.1967,43 = BVerwGE 23,213ff.
5) wie wenig sich das Gericht hier festlegen wollte und wie sehr es ihm nur um ein grundsätzliches Bekenntnis zum ö.r.V. ging zeigt u.a. die Tatsache, daß es sich auf z.T. in ihren Ansichten sehr konträre Repräsentanten im Schrifttum berief wie Salzwedel, Imboden und Stern, ja sogar Bullinger

aufgestellt werden könnten - die Rechtsgültigkeit des ö.r. Vertrags in jedem einzelnen Fall besonders geprüft werden, insbesondere ob dem Vertragsabschluß nicht die im Einzelfall geltenden spezialgesetzlichen Regelungen entgegenstehen und er sich mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Vorbehalts des Gesetzes und mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbaren lässt. Und hier erst, so stellt das Gericht fest, beginnen die eigentlichen Schwierigkeiten.

2. Trotz seiner weitgefassten und vorsichtigen Formulierung steckt § 40 Abs.1 E doch den Rahmen ab, innerhalb dessen die Zulässigkeit des ö.r.Vertrags gesehen werden muß:

a) Der Entwurf wendet sich in § 40 Abs.1 gegen die Ansicht, der ö.r.Vertrag sei in seiner Zulässigkeit von einer irgendwie gearteten Anerkennung durch die Rechtsordnung freigestellt und man könne für seine Zulässigkeit
- die bloße Willenseinigung[1)]
- das öffentliche Interesse[2)] oder das vertragsfordernde Interesse der Verwaltung[3)]
- die behördliche Genehmigung als Ersatz einer Anerkennung durch die Rechtsordnung[4)]

genügen lassen.

b) Der Entwurf lehnt auch die Auffassung ab, der ö.r.Vertrag habe seine generelle Anerkennung durch die Rechtsordnung gewissermaßen im Voraus erhalten; diese finde sich
- im Grundsatz von Treu und Glauben[5)]
- im Rechtssatz "pacta sunt servanda"[6)].

3. Die Normabhängigkeit ö.r.Verträge

Die entscheidende Bedeutung des § 40 Abs.1 E liegt jedoch darin, daß er sich zwischen der sog. normativen und der uti=

---

1) so M.v.Seydel S.51; Laband S.448f.; Husserl S.26ff.
2) Peters S.154f.
3) Salzwedel S.115ff., 218f; OVG Münster, DÖV 1960, 799; ähnlich Kottke S.40ff.
4) Hans S.723, V. (im Anschluß an die Rechtssprechung des PrOVGE 20, 239ff, 245; 79, 225ff, 227; 84, 301ff) besonders für die ö.r.V.e zwischen Privaten
5) vgl. die Nachweise bei Bullinger S.41 Anm.114
6) Apelt I S.44ff, 50; Reusch S.31ff, 35ff; Ruppert S.16f; Kohl S. 12f; Rößler S.276; Forsthoff S.266; hierzu Bullinger S.42 Anm. 113

litaristischen Richtung[1] für die letztere entscheidet. Die Vertreter der normativen Richtung sehen ihre Bedenken gegen den ö.r.Vertrag als einen Fremdkörper im Verwaltungsrecht nur dann ausgeräumt, wenn das Gesetz selbst durch ein "Statut positiven Rechts"[2] ausnahmsweise die Vertragsform zulässt, und verlangen dementsprechend eine positiv-gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsabschluß[3]. Die Vertreter der utilitaristischen Richtung hingegen verlangen keine solche rechtsnormative Zulassung ö.r.Verträge, sondern lassen es genügen, daß Rechtsvorschriften der vertraglichen Verfügungsbefugnis der Parteien nicht entgegenstehen[4].

Für die Entscheidung des Entwurfs zugunsten der utilitaristischen Richtung spricht, daß sich diese mit den prozessualen Vergleichsvorschriften der §§ 106 VwGO, 101 SGG deckt. Es ist wenig sinnvoll, die materielle Zulässigkeit ö.r.Verträge mangels einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zum Vertragsabschluß abzulehnen, wenn solche Verträge in einem sich möglicherweise anschließenden Verwaltungsstreitverfahren auf Grund von prozessualen Vergleichsvorschriften im Gewand von Prozeßvergleichen zugelassen sind[5]. Offen bleibt jedoch, wann im einzelnen eine vertragliche Verfügungsbefugnis der Parteien angenommen werden kann[6].

Unbestritten ist eine vertragliche Verfügungsbefugnis der Parteien bei den sog. benannten Verträgen vorhanden, wo die Rechtsordnung durch positiv-gesetzliche Ermächtigung den Vertragsabschluß ausdrücklich zulässt[7].

---

1) diese Bezeichnungen gehen auf Stern I S.114 zurück und sind heute allgemein gebräuchlich
2) Ipsen, VwArch Bd.50(1959) S.95
3) vgl.die Nachweise bei Stern I S.114ff.Dazu gehören weiterhin Imboden S.64f.(im Bereich vorgegebener gesetzlicher Regelung) Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S.143ff;Merk S.903ff, 907;Löwer S.274f;Bullinger S.251ff.anerkennt überhaupt nur koordinationsrechtliche Verträge mit positiv-gesetzlicher Ermächtigung, andere verlangen eine solche nur für die sog. subordinationsrechtlichen Verträge, vgl.Jedlicka S.109ff,111; Stern I S.143ff; WürttVGH,WüRV 1937,122ff,123;BVerwG,DVBl. 1957,721
4) vgl.die Nachweise bei Stern I S.117ff; weiter sind hier zu nennen Kottke S.39; BaWüVGH,BaWüVwBl.1965,127 und neuerdings BVerwG,DVBl.1967,43f. = BVerwGE 23,213
5) ähnlich Löwer S.275,2., und Redecker S.543
6) in der Antwort hierauf spaltet sich die utilitarist.Richtung
7) a.A.nur Bullinger a.a.O.S.249 und Giacometti a.a.O.S.17

Das Grundproblem in der Zulässigkeit ö.r.Verträge stellt sich mit der Frage, ob die Rechtsordnung daneben auch stillschweigend zu ihrem Abschluß ermächtigt oder wenigstens sog. unbenannte Verträge zulässt[1], wie die Vertreter der utilitaristischen Richtung meinen.

Bedenken dagegen erheben sich im Hinblick auf § 305 BGB, wo selbst für den Bereich der Privatautonomie und privatvertraglicher Rechtsgestaltung eine generelle gesetzliche Ermächtigung vorgegeben ist; ein solcher Gesetzesvorbehalt hinsichtlich vertraglicher Rechtserzeugung muß - so könnte man folgern - auch und erst recht für den öffentlich-rechtlichen Bereich gelten. Dort fehlt jedoch eine mit § 305 BGB vergleichbare generelle positiv-gesetzliche Ermächtigung zum Abschluß von Verträgen, nur für bestimmte Fälle finden sich einzelne gesetzliche Ermächtigungen zum Abschluß von Verträgen. Die normative Ermächtigungslehre zieht daraus den Schluß, unbenannte ö.r.Verträge seien generell nicht zugelassen, weil die einzelnen gesetzlichen Ermächtigungen zum Abschluß von Verträgen nur eine Ausnahme von der grundsätzlich einseitigen Ordnung öffentlich-rechtlicher Beziehungen durch VA statuierten. Apelts gegenteilige Auffassung, die zahlreichen gesetzlichen Einzelermächtigungen zum Vertragsabschluß brächten die allgemeine Geltung des Vertragsprinzips zum Ausdruck und seien nur dessen objektiv-gesetzlicher Niederschlag[2], fand keine Zustimmung; solche Ausnahmevorschriften gestatten keine allgemeine analoge Anwendung, Apelts Schlußfolgerung verstieß daher gegen das Auslegungsprinzip[3] und konnte die Argumentation der normativen Ermächtigungslehre nicht widerlegen. Jedoch erscheint der Hinweis auf § 305 BGB und die zahlreichen gesetzlichen Einzelermächtigungen zum Abschluß ö.r.Verträge allzu sehr auf dem Boden des Gesetzespositivismus gegründet[4], als daß er die normative Ermächtigungslehre entscheidend stützen könnte.

Will man sich zwischen der normativen und der utilitaristischen Richtung entscheiden, so steht am Anfang die Frage, ob

1)Pieper S.11; BVerwG,DVBl.1967,43ff,44 = BVerwGE 23,213ff.
2)Apelt I S.44,50
3)Neuwiem S.23 Anm.1;vgl. auch Buddeberg S.103f.
4)Forsthoff S.266; hiergegen wiederum Bullinger S.40f.

der ö.r.Vertrag in seiner Zulässigkeit von der Rechtsordnung derart abhängig ist, daß er als Akt subjektiver Rechtserzeugung von ihr anerkannt oder irgendwie zugelassen sein muß. Stern hat das mit überzeugender Begründung bejaht[1]: Danach ist der Vertrag ein rechtsapriorisches Institut, nicht etwa eine erst von einer organisierten Rechtsgemeinschaft "künstlich" geschaffene Handlungsform. So steht der Vertrag vor jeder Rechtsordnung und trägt in sich selbst seine rechtsethische Verpflichtungskraft, ist er doch schon begrifflich nicht ohne die gleichzeitige Gebundenheit der Parteien denkbar[2].

Von dieser (faktischen) Verpflichtungskraft ist die rechtliche Gebundenheit der Vertragsparteien an ihre Vereinbarung zu unterscheiden[3]. Sie ist nur innerhalb einer organisierten Rechtsgemeinschaft denkbar, die den Vertragspflichten kraft der von ihr geschaffenen und über ihr stehenden Rechtsordnung die Eigenschaft von Rechtspflichten zu verleihen vermag. M.a. W.: Nur die über dem Gemeinwesen stehende Rechtsordnung kann den Vertrag zum Rechtsgeschäft erheben, insbesondere die subjektiven Vertragsrechte mit der Garantie schützen, daß Vertragspflichten als Rechtspflichten erfüllt werden und dies notfalls erzwungen werden kann[4]. Es bedarf somit einer irgendwie gearteten Anerkennung eines vertraglichen Rechtserzeugungsvorgangs der unter ihr stehenden Rechtssubjekte durch die Rechtsordnung, einer Anerkennung dieser intersubjektiven Teilordnung durch die höherrangige Gesamtrechtsordnung, damit die vertraglich geordnete Beziehung in sie als (subjektive) Teilrechtsordnung eingehen kann.

Es ginge jedoch zu weit, diese Anerkennung stets nur in einer spezialgesetzlichen Ermächtigung zum Vertragsabschluß sehen

---

1)Stern I S.121ff.
2)W.Burckhardt S.5
3)Stern dagegen unterscheidet nicht zwischen der bloß faktischen vertraglichen und der rechtlichen Bindung der Parteien an den Vertrag
4)bei den sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten wie Spiel und Wette(§762BGB) fehlt eine solche Garantie. Die Rechtsordnung anerkennt zwar solche Verpflichtungen als zwischen den Beteiligten existent, nicht aber für die über ihnen stehende Rechtsgemeinschaft, und verweigert so die Anerkennung der Verbindlichkeit als Rechtsverbindlichkeit ebenso, wie sie demjenigen, der die Naturalverpflichtung erfüllt hat, ein rechtlich geschütztes Rückforderungsrecht verweigert.

zu wollen, wie es die normative Ermächtigungslehre tut. Eine organisierte Rechtsgemeinschaft gibt sich nur ihr objektives Recht selbst durch die von ihr bestellten Organe, sie schließt den einzelnen nur von einer Beteiligung an objektiver Rechtserzeugung aus, unterwirft ihn auch nur dem Gesamtgefüge ihrer Rechtsordnung und nimmt diese zum Maßstab und zur Grenze dafür, inwieweit sie Akte subjektiver Rechtserzeugung anerkennen oder ausschließen will. Die objektive Rechtsordnung kann daher nur als Maßstab der Zulässigkeit, nicht aber selbst als Ursprung subjektiver Rechtserzeugung angesehen werden[1]. Die Rechtsordnung wäre erheblich überfordert, wollte man von ihr eine Ermächtigung für jede Art der Begründung subjektiver Rechte abverlangen. Sie hat vielmehr die ihr unterworfenen natürlichen und juristischen Personen mit der Fähigkeit, Träger von Rechten und Rechtspflichten zu sein, ausgestattet und ihnen damit auch die Macht verliehen, diese Fähigkeit gegenüber anderen Rechtssubjekten zur Wirkung zu bringen. So beschränkt sich die Rechtsordnung darauf, Maßstäbe für die Zulässigkeit subjektiver Rechtserzeugung zu setzen[2], und erklärt solche implicite für zulässig, soweit sie mit ihr nicht in Widerspruch tritt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß aus einem Schweigen der objektiven Rechtsordnung nicht auf die Unzulässigkeit subjektiver Rechtsgestaltung geschlossen werden darf. Zu Recht haben die Verfasser des Entwurfs daher mit der Vorschrift des § 40 Abs.1 E die normative Ermächtigungslehre abgelehnt. Nimmt man die objektive Rechtsordnung zum Maßstab und zur Grenze der Zulässigkeit ö.r.Verträge, so erklärt sich die in §§ 106 VwGO, 101 SGG vorausgesetzte Verfügungsbefugnis der Parteien dahin, daß der Vorrang der objektiven Rechtsnormen noch Raum für den von den Parteien gewollten Vertragsabschluß lassen muß; hieran fehlt es, wenn der zu ordnende Tatbestand bereits rechtssatzmäßig derart geregelt ist, daß eine vertragliche Regelung zu ihr in Widerspruch träte[3].

1) so auch BVerwG, DVBl. 1967, 43, das die Zulässigkeit ö.r.V.e nicht generell, sondern für jeden einzelnen Vertragsfall prüfen will an Hand der vorgegebenen gesetzlichen Regelung und aus verfassungsrechtlicher Sicht (=BVerwGE 23, 213ff)
2) natürlich ist das nicht ihre einzige Ordnungsfunktion
3) Maunz-Dürig, Art.20 Anm.138 m.w.N.; HessVGH, DÖV 1966, 760

Einer Erklärung bedarf noch die Existenz der zahlreichen gesetzlichen Einzelermächtigungen. Sie geben zu dem Einwand Anlaß, daß sie sich bei prinzipieller Zulässigkeit ö.r.Verträge erübrigten. Indessen kann die Rechtsordnung auf die ausdrückliche Zulassung ö.r.Verträge dort nicht verzichten, wo sie einen Sachverhalt mit zwingenden oder vertragliche Rechtsgestaltung an sich ausschließenden Rechtsvorschriften geregelt hat, sie daneben aber ausnahmsweise doch Verträge abweichend vom Gesetz zulassen will. Dieser Wille lässt sich aber nur durch ausdrückliche Ermächtigung zum Vertragsabschluß äußern. Als Beispiel mögen zwei Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zum vertraglichen Freibau im Bereich des 1. und 2. Wohnungsbausgesetzes dienen. Im 1.Urteil hatte das Gericht vertragliche Vereinbarungen zwischen einer Wohnungsbehörde und einem Bürger für unzulässig erklärt[1)], weil die in den Vorschriften des 1.Wohnungsbaugesetzes geregelte Ausübung der staatlichen Gewalt nicht anders geregelt werden könne, als es das Gesetz vorschreibt, es sei denn, daß das Gesetz selbst dies ausdrücklich zulässt. Eine solche Zulassung findet sich dann, worauf das Gericht in seinem 2.Urteil hingewiesen hat[2)], in dem 2. Wohnungsbaugesetz (§ 98).

III. Der legitime Anwendungsbereich unbenannter ö.r.Verträge

Die utilitaristische Richtung, zu der sich der Entwurf bekennt, zeigt sich bei näherer Betrachtung nicht ganz so einheitlich, wie dies zunächst erscheinen mag. Die einen sehen bei unbenannten ö.r.Verträgen eine vertragliche Verfügungsbefugnis bei Fehlen eines allgemeinen Gewaltverhältnisses[3)] bzw. praeter legem als gegeben, d.h. wenn der Gegenstand der Vertragsregelung nicht schon positiv-gesetzlich besonders geregelt ist,[4)] andere, wenn zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen bzw. bei Vorliegen von Dispositivnormen[5)], und andere

1) BVerwG,DVBl.1957,721 mit Anm.v.Forsthoff;ablehnend Bachof I Teil 2 A 10 S.105f.
2) BVerwG,DVBl.1957,726
3) Apelt I S.165ff.,III; Ruppert S.23ff.
4) Imboden S.69,75ff; OVG Berlin,DVBl.1964,832; BVerwG,DVBl.1957, 721; noch enger Rupp I S.61 und BaWüVGH,BaWüVwBl.1962,79; a.A. Martens S.457
5) Layer S.21; Apelt I S.163ff; Forsthoff, DVBl.1957,725; Beinhardt S.221ff,236f; BGH,DVBl.1967,36; OVG Lüneburg, NJW 1957, 76ff.,77

schließlich, wenn der Behörde zur Regelung eines Sachverhalts ein Ermessensspielraum freisteht[1].

Der Wortlaut des § 40 Abs.1 E lässt offen, welcher der verschiedenen Richtungen zu folgen ist. Das mag den Versuch rechtfertigen, selbst den legitimen Anwendungsbereich unbenannter ö.r.Verträge innerhalb des durch § 40 Abs.1 E abgesteckten Rahmens unter Berücksichtigung des Vorrangs der objektiven Rechtsordnung gegenüber der subjektiven Teilrechtsordnung im einzelnen festzulegen. Aus der Begründung zu §§ 40ff.E und einer Gesamtschau von § 40 Abs.1 E mit §§ 41,42 und 45 E ergibt sich allerdings, daß den Verfassern des Entwurfs eine wesentlich großzügigere Vorstellung über den Anwendungsbereich des ö.r. Vertrags im Rahmen des § 40 Abs.1 E zugrunde lag. Dies soll jedoch zunächst einmal bewusst außer Betracht bleiben. So bietet sich die Gelegenheit, die prinzipielle Auffassung über den legitimen Anwendungsbereich des ö.r.Vertrags im System unserer Rechtsordnung darzutun und sie zum Maßstab einer nachfolgenden Kritik an den einzelnen Entwurfsvorschriften über die Zulässigkeit dieser Handlungsform (§§ 41,42 und auch 45 E) zu nehmen.

1.Zwingendes Recht und ö.r.Vertrag

Im Bereich zwingender gesetzlicher Regelung ist für den ö.r. Vertrag kein Raum[2]. Hier schließt der Vorrang der objektivgesetzlichen Regelung eine subjektiv-vertragliche Rechtsgestaltung aus. Die rechtssatzmäßige Regelung eines Sachverhalts gilt unabhängig vom Willen derer, die von ihr betroffen sind.

2.Rechtssatzmäßig nicht erfasste Bereiche und ö.r.Vertrag

Eigentlicher Anwendungsbereich unbenannter ö.r.Verträge ist der Bereich praeter legem, wo im Sinne des § 40 Abs.1 E keine Rechtsvorschriften entgegenstehen. Dazu bedarf es vorweg einer Klärung, was unter dem öfters verwendeten Stichwort "praeter legem" zu verstehen ist. Einmal zählen dazu alle

1)Speiser S.28; Rößler S.276,5.,;Menger,VwArch.Bd.52(1961) S. 208; OVG Münster, DÖV 1960,798; BVerwG, DÖV 1962,423; a.A. Rupp I S.62; Stein S.325; Haueisen, DVBl.1961,837; Beinhardt S.226f.,233f.,a)

2)ganz h.M., vgl. Apelt I S.160ff.; Beinhardt S.223ff.; a.A. nur Salzwedel S.194ff.,218f.(bei vertragsforderndem unabweisbarem Vergleichs- und Austauschinteresse der Verwaltung); Kottke S.44ff.; OVG Münster, DÖV 1960,799

die (seltenen) Bereiche, die rechtssatzmäßig keine generelle Regelung erfahren haben (besser: extra legem); weiter auch die, die zwar allgemein geregelt sind, wo die Rechtsordnung aber lückenhaft ist und daher den vertraglich zu regelnden Tatbestand selbst bei extensiver Gesetzesauslegung oder analoger Gesetzesanwendung nicht zu erfassen vermag (praeter legem); und schließlich die Bereiche, wo die Reichweite von Gesetzesvorschriften zur Regelung eines Sachverhalts zwar ausreicht, wo die Parteien jedoch die objektiv-gesetzliche Regelung durch eine subjektiv-vertragliche noch näher ausgestalten, ohne sie dabei anzutasten (besser: sub lege).

In allen diesen Fällen gewinnt die vertragliche Dispositionsfreiheit Raum bis zur Grenze der vorhandenen gesetzlichen Regelung. Daraus erklärt sich auch die Tatsache, daß bei vielen Autoren und höchstrichterlichen Entscheidungen nicht ersichtlich ist, ob die von ihnen gesetzten Schranken allgemeine Zulässigkeitsschranken oder einzelne Inhaltsschranken sind. Sie lassen sich nicht trennen und sind mit der objektiven Rechtsordnung und jeweils mit deren Reichweite identisch; das folgt aus der allgemeinen Zulassung ö.r.Verträge, soweit sie mit der Rechtsordnung nicht in Widerspruch stehen[1]. Sucht man dagegen in der Rechtsordnung selbst eine besondere Ermächtigung, so wie etwa Stern die Dispositivnormen der Rechtsordnung zur tragenden Rechtsgrundlage des Vertrags erheben will[2], so fallen Zulassungsnorm und inhaltsbeschränkende Norm auseinander, weil die erstere nicht sämtliche Inhaltsgrenzen des Vertrags vorzeichnen kann; hierin liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der normativen und der utilitaristischen Richtung.

a) Verträge extra legem bedürfen keiner näheren Erläuterung. Hier bleibt nur noch klarzustellen, daß es einen eigentlich rechtsfreien Raum nicht geben kann. So gilt beispielsweise auch in einem rechtssatzmäßig nicht geregelten Lebensbereich immer noch die Wertordnung der Grundrechte als Vertragsgrenze. Gemeint ist hier der Fall, daß eine allgemeine

1) das BVerwG (EBd.23,213ff=DVBl.1967,43) hat dies ausdrücklich bestätigt, wenn es verlangt, die Zulässigkeit ö.r.V.e müsse in jedem einzelnen Fall besonders festgestellt werden
2) Stern I S.137ff.

gesetzliche Regelung, die auf die Ordnung des vertraglich zu regelnden Sachverhalts oder auch nur ähnlicher Fälle abzielt, fehlt.

b)Bei den eigentlichen Verträgen praeter legem liegt zwar eine gesetzliche Regelung vor. Sie kann jedoch den vertraglich zu regelnden Sachverhalt nicht erfassen, selbst nicht mit Hilfe extensiver Auslegung oder einer Analogie. Der Vorrang dieser Methoden der Gesetzesanwendung vor vertraglicher Rechtsgestaltung folgt aus dem prinzipiellen Vorrang der objektiv-gesetzlichen Regelung selbst. Nur wenn eine direkte oder analoge Gesetzesanwendung versagt, liegt eine echte, vertraglicher Rechtsgestaltung Raum gebende Gesetzeslücke vor. Die Grenzen des Vertrags ergeben sich dabei wiederum aus den höherrangigen Rechtsnormen; ist die Gesetzeslücke z.B. in einer Gemeindesatzung enthalten, so ist die Normenhierarchie, auf der sie beruht, zugleich auch die Grenze subjektiv-vertraglicher Rechtsgestaltung.
Aber nicht nur die höherrangige Gesetzesordnung ist Vertragsgrenze, sondern auch das Gesetz selbst, dessen Lücke durch vertragliche Rechtsgestaltung gefüllt wird, soweit die Gesetzesmaterie ein Gesamtgefüge darstellt und die in ihm enthaltenen Rechtssätze nicht isoliert von den übrigen für sich einen besonderen Tatbestand regeln. Das entspricht einer systematischen Interpretation[1)] der die vertragliche Rechtsgestaltung begrenzenden Reichweite der gesetzlichen Regelung, und hier liegt auch ein wesentlicher Unterschied zwischen den Verträgen extra legem und solchen praeter legem.

c)Bei den Verträge sub lege kann von einer Gesetzeslücke kaum mehr gesprochen werden. Hier ist besonders an diejenigen Fälle zu denken, bei denen ein hoheitlicher Bescheid oder die objektive Normenlage selbst vertraglich erweitert oder ergänzt wird, ohne daß die objektiv-gesetzliche Regelung geändert oder auch nur in einzelnen Punkten ausgeschlossen wird. Solcher vertraglicher Gestaltung verbleibt natürlich angesichts der vorhandenen Normenlage nur ein sehr eng begrenzter Spielraum. Hinzu kommt noch eine wei-

1)vgl.dazu H.J.Wolff a.a.O.Bd.I § 28 III c, S.140f.

tere Zulässigkeitsgrenze: Die objektiv-gesetzliche Regelung kann selbst abschließend getroffen sein und lässt dann in ihrem abschließenden Charakter keine weitergehende Vertragsgestaltung zu[1].

Abschließend bleibt noch klarzustellen, daß die Eingruppierung eines Vertragsfalls praeter legem in die hier vorgenommene Dreiteilung durchaus nicht immer durchzuführen ist und die Grenzen zwischen diesen Bereichen sehr fließend sind. Wenn dennoch eine solche Einteilung versucht wurde, so nur, um den Anwendungsbereich des ö.r.Vertrags praeter legem zu veranschaulichen.

3.Ermessensbereich und ö.r.Vertrag

Nicht selten wird der Ermessensbereich schlechthin zum vertragsoffenen Bereich erklärt[2]. Auch die Verfasser des Entwurfs scheinen hiervon auszugehen[3]. Sie hätten das jedoch in § 40 Abs.1 E durch den Zusatz deutlich zum Ausdruck bringen müssen, der ö.r.Vertrag sei zulässig, wenn "zwingende" Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen; nur so wäre der Umkehrschluß gesichert, im Bereich von Ermessensvorschriften sei der ö.r.Vertrag zulässig. Da dieser Auffassung aber nicht ohne ganz wesentliche Einschränkungen zugestimmt werden kann, erscheint die jetzige Formulierung des § 40 Abs.1 E besser:

Zunächst ist Ermessenshandeln nicht unbegrenzt. Ermessensvorschriften ermächtigen zum Ermessensgebrauch nicht nach dem Gutdünken des Ermächtigten, sondern nur in dem vom Gesetz selbst vorgegebenen Rahmen[4]; dieser müsste auch die Zulässigkeitsgrenze ö.r.Verträge bilden[5].

Innerhalb des Ermessens unterscheidet man üblicherweise zwischen Entschließungs- und Inhaltsermessen.
Beim Entschließungsermessen ist es der Entscheidung der ermächtigten Behörde überlassen, ob sie eine gesetzlich vorge-

1)vgl.Forsthoff,DVBl.1957,725; im Ergebnis ebenso Martens S. 457; BaWüVGH,BaWüVwBl.1962,77ff,79 II 2.,; so auch die Verfasser des Entwurfs, vgl. Einzelbegr. S.191 letzter Abs.
2)vgl.o.S.32f., insbesondere S.32 Anm.5 und S.33 Anm.1
3)Einzelbegr.S.190,192
4)BVerfGE 9,137ff(146ff)
5)bis hierher übereinstimmend Kottke S.51

sehene Rechtsfolge setzen will[1]. Solche Ermessensvorschriften lassen für eine vertragliche Gestaltung keinen Raum, weil sie die Rechtsfolge selbst bestimmen und die Entscheidung darüber, ob die Rechtsfolge im Einzelfall konkretisiert werden soll, allein in die Hand der ermächtigten Behörde, nicht auch des Adressaten legen. Daher kann z.B. einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zugestimmt werden, die einen Vergleichsvertrag für gültig erklärte, in dem sich eine Behörde gegenüber einem von ihr beaufsichtigten Bürger zur Nichterstattung einer strafrechtlichen Anzeige und zum Verzicht auf die Einleitung von disziplinären Maßnahmen verpflichtet hatte[2].

Aber auch für das Inhaltsermessen kann nichts anderes gelten. Solche Ermessensvorschriften ermächtigen ausschließlich die Behörde als Organ eines übergeordneten Trägers öffentlicher Gewalt, sich - im Rahmen und entsprechend dem Zweck der Ermessensermächtigung - unter mehreren möglichen Rechtsfolgen für diejenige zu entscheiden, die ihrer Vorstellung von der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit ihres Handelns am nächsten kommt[3]. Nur an sie richtet sich die gesetzliche Ermächtigung, und damit fehlt ihr auch die Freiheit, den einzelnen an ihrer Ermessensentscheidung durch vertragliche Gestaltung mitzubeteiligen.

Zum Ausschluß subordinationsrechtlicher Verträge im Ermessensbereich bedarf es daher gar nicht der Begründung von Stern, daß sich das öffentliche Recht als typisches Gestaltungsmittel die einseitige Regelung durch VA vorbehalte[4]; offen bleibt der Nachweis, daß neben diesem typischen Gestaltungsmittel nicht noch andere zugelassen sind. Doch kommt Stern auf diesem Weg zu der gleichen Folgerung, daß eine ausnahmsweise Zulassung subordinationsrechtlicher Verträge im Bereich von Ermessensvorschriften nur dann denkbar ist, wenn die Rechtsordnung dies durch ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Vertragsabschluß erkennen lässt.

1)H.J.Wolff a.a.O.Bd.I § 31 II c, S.171
2)DÖV 1962,423
3)Bachof,Klage S.69;BVerfGE 9,137ff(146ff);vgl.auch Cermak a. a.O.
4)Stern I S.144f.

Der prinzipielle Ausschluß ö.r.Verträge im Ermessensbereich gilt aber auch für ö.r.Verträge zwischen zwei Verwaltungsträgern, wenn keine echte Koordinationsbeziehung vorliegt[1]. Das ergibt sich aus dem Vorrang der gesetzlichen Regelung. Es steht nicht im Belieben der ermächtigten Behörde, ihre Hoheitsbefugnisse durch vertragliche Regelung lediglich deshalb beiseite zu schieben, weil sie gegenüber einem allgemein gleichgeordneten Hoheitsträger ausgeübt werden können. So steht es z.B. nicht im Ermessen des Landratsamts als Aufsichtsbehörde, sich mit der von ihr braufsichtigten Gemeinde über den Inhalt aufsichtlicher Maßnahmen vertraglich zu einigen; die Ermessensentscheidung, ob die Aufsichtsbehörde aufsichtliche Maßnahmen treffen und für welche der vom Gesetz vorgesehenen einzelnen Maßnahmen sie sich entscheiden will, soll ausschließlich sie treffen, während die Ermessensermächtigung ihr nicht die Möglichkeit einräumt, die betroffene Gemeinde an ihrer Entscheidung zu beteiligen.

Anders verhält es sich mit echten koordinationsrechtlichen Verträgen,wenn in Bezug auf den vertraglich zu regelnden Sachverhalt kein Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht und beiden Hoheitsträgern zur Regelung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen ein Entschließungs- und Inhaltsermessen eingeräumt ist. Anders als bei subordinationsrechtlichen Verträgen sind hier beide Parteien vom Gesetz zu rechtserheblichem Handeln ermächtigt, die Einseitigkeit der Handlungsform ist durch die Art der gesetzlichen Ermächtigung nicht bedingt und das Gesetz steht damit auch dem Vertragsabschluß i.S.d. § 40 Abs.1 E nicht entgegen. Als Beispiel sei § 1 Abs. 1 ZweckverbandsG genannt, wonach sich mehrere Gemeinden zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben zusammenschließen können[2].

Zu alledem ist noch besonders hervorzuheben, daß nicht in jedem Fall auf den ersten Blick feststeht, wie weit nun der Ermessensbereich bzw. die Ermessensermächtigung überhaupt

---

1)dazu oben Teil 1 §1 III 2.; a.A. Stern I S.145, dessen Abstellen auf die "allgemeine" Rechtsstellung der Parteien hier zur Auswirkung kommt und zu anderen Ergebnissen führt

2)ein Beispiel von Stern I S.147

reicht und wo der Bereich praeter legem und damit der eigentliche Anwendungsbereich des ö.r.Vertrags beginnt. Nur mit dieser Einschränkung sollen subordinationsrechtliche Verträge im Ermessensbereich prinzipiell ausgeschlossen sein, und die Vertreter der gegenteiligen Auffassung meinten wohl nicht selten den Bereich, den die Ermessensermächtigung nicht mehr erfasst und der damit dem Bereich praeter legem zufällt. Allerdings ist zuzugeben, daß die Trennung beider Bereiche mitunter sehr schwierig ist, zumal da sie an Hand einer Auslegung der Ermessensermächtigung und des Normenbestandes, in den sie "eingebettet" ist, vorzunehmen ist. Doch könnte z.B. im vorgenannten Beispiel die beaufsichtigte Gemeinde mit dem Landratsamt Vereinbarungen zur Ergänzung der aufsichtlichen Maßnahmen treffen, sofern nur die gesetzliche Regelung, die einseitig das Ergreifen und die Auswahl aufsichtlicher Maßnahmen ins ausschließliche Ermessen des Landratsamts stellt, selbst durch den Vertrag nicht berührt bzw. dieses Ermessen vertraglich nicht gebunden wird. Oder wenn, um ein weiteres Beispiel anzuführen, eine Behörde einem Bürger eine "angemessene" Entschädigung gewähren "kann"[1], so steht die Entscheidung darüber, ob eine Entschädigung überhaupt gewährt wird, allein der Behörde zu, und sie könnte sich hierüber nicht mit dem Bürger vertraglich einigen; dagegen ist die Art der Entschädigung gesetzlich nicht bestimmt, sondern nur ihr Umfang ("angemessen"), sodaß eine Vereinbarung hierüber (z.B. Naturalentschädigung anstelle der sonst üblichen Geldentschädigung) zulässig wäre.

4.Ö.r.Verträge zwischen Privaten

Echte ö.r.Verträge zwischen Privaten sind im Bereich rechtssatzmäßiger Regelung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig, gleich ob der zu regelnde Sachverhalt durch zwingende oder durch Ermessensvorschriften normiert ist. Die objektive Rechtsordnung duldet in beiden Fällen einen Eingriff in die von ihr vorgegebene Regelung nur dann, wenn sie selbst dazu ermächtigt. Anders als durch ausdrückliche Zulassung des Vertragsabschlusses ist jedoch eine solche Ermächtigung ebensowenig wie beim subordinationsrechtli-

1)vgl.z.B. § 181 AO

chen Vertrag denkbar. Private sind zwar Adressaten der gesetzlichen Regelung, nicht aber der in ihr enthaltenen Handlungsermächtigung und daher zur Disposition über diese nicht befugt, es sei denn, daß das Gesetz dies selbst ausdrücklich zulässt.

IV. Zusammenfassung

§ 40 Abs.1 E enthält als wesentlichste Aussage zur Zulässigkeit ö.r.Verträge die Ablehnung ihrer Normabhängigkeit von einer positiv-gesetzlichen Einzelermächtigung. Davon ist auch nach der hier vertretenen Auffassung über den legitimen Anwendungsbereich ö.r.Verträge auszugehen. Dagegen kann die Begründung der Verfasser des Entwurfs, die normative Ermächtigungslehre müsse mangels gegenteiliger Sonderregelung hoheitliches Handeln nur in Form von VAen annehmen und dafür biete das Gesetz keinerlei Anhalt[1], nicht anerkannt werden. Daß der VA im Bereich rechtssatzmäßiger Regelung eines Sachverhalts die grundsätzliche Rechtsform des Verwaltungshandelns ist ergibt sich daraus, daß eine legislative Ermächtigung zu verwaltungsrechtlichem Handeln grundsätzlich nur an denjenigen gerichtet ist, der zum Gesetzesvollzug berufen ist, d.i. die Exekutive mit ihren einzelnen Verwaltungsträgern. Diese grundsätzlich einseitige Ermächtigung bedingt auch die grundsätzlich einseitige Handlungsform. Es wäre gut gewesen, dies in einer Subsidiaritätsklausel zum Ausdruck zu bringen[2], anstatt es der weiteren Entwicklung zu überlassen, "ob und inwieweit in den Bereichen, die vertraglicher Regelung überhaupt zugänglich sind, der öffentlich-rechtliche Vertrag den Verwaltungsakt zurückdrängen wird"[3]. Hier sind die Verfasser des Entwurfs in der Ablehnung der normativen Ermächtigungslehre zu weit gegangen. Das könnte ihrer Absicht, den ö.r.Vertrag zu legalisieren, nur entgegenwirken. Es sollte nicht der Eindruck entstehen, als ob auf dem Umweg über den ö.r.Vertrag hoheitliche Entscheidungsbefugnisse zur Mitausübung in weitem Umfang dem einzelnen mitüberlassen werden je nach dem Gutdünken der mehr oder weniger zum Vertragsabschluß bereiten Behörde[4].

1) Einzelbegr.S.190
2) a.A.Knack S.710
3) Einzelbegr.S.186
4) ähnliche Bedenken äußert auch Spanner, DVBl.1964,845ff.,849

Baring möchte diese Subsidiarität durch Neuformulierung des § 27 E wie folgt zum Ausdruck bringen: "Soweit nicht etwas anderes gilt, üben die Behörden öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit durch Verwaltungsakte aus"[1]. Diese Formulierung bevorzugt im Einklang mit der normativen Ermächtigungslehre zu weitgehend die Handlungsform des Verwaltungsakts auch dort, wo eine gesetzliche Regelung ganz oder teilweise fehlt, also insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber der sog. subordinationsrechtliche Vertrag nicht nur bei positiv-gesetzlicher Einzelermächtigung, sondern auch praeter legem zulässig[2]. Dies käme besser bei etwa folgender Formulierung des § 40 Abs.2 E zum Ausdruck: "Verträge einer Behörde mit demjenigen, an den sie sonst einen Verwaltungsakt richten würde, können abgeschlossen werden, wenn ein Gesetz dies ausdrücklich zulässt oder den Erlaß eines Verwaltungsakts nicht vorsieht". Damit könnte der Eindruck vermieden werden, als ob ein Sachverhalt beliebig durch VA oder ö.r.Vertrag geregelt werden könnte. Damit könnte der Entwurf aber auch noch weitere von der herrschenden Meinung anerkannte Zulässigkeits- bzw. Inhaltsschranken des ö.r.Vertrags zum Ausdruck bringen, wie die nachfolgende Übersicht zeigt:

1. Vorweg zu nennen ist hier das immer wieder geforderte Verbot einer vertraglichen Verfügung der Parteien über ihre gesetzlichen Befugnisse und Pflichten, wenn ihnen das Gesetz selbst dies nicht ausnahmsweise gestattet[3]. Dazu gehört im einzelnen das Verbot einer vertraglichen Verpflichtung der Behörde zum Erlaß oder zur Unterlassung bestimmter Hoheitsakte[4], das Verbot einer Bindung der Rechtssetzungsbefugnisse des beteiligten Hoheitsträgers durch ö.r.Vertrag[5], sowie das Verbot einer vertraglichen Entbindung des Bürgers von öffent-

---

1) DVBl.1965,182
2) daß in beiden Fällen kein eigentlicher subordinationsrechtlicher Vertrag vorliegt bleibt noch dazustellen, vgl. unten § 2 I 3., S.45ff.
3) Beinhardt S.223f;Bullinger S.86 m.w.N.aus der Rechtsprechung; BVerwG,DVBl.1957,721ff,722; a.A.Salzwedel S.61ff.
4) Bullinger S.83f.m.w.N.aus der Rechtsprechung;Giese S.95; VG Freiburg,JZ 1951,788; einschränkend OVG Rheinland-Pfalz, DVBl.1952,596;Stein S.328 Anm.29;Löwer S.257ff,259f.
5) Bullinger S.82f.m.w.N.aus der Rechtsprechung;Steffen S.51; Forsthoff S.267; WürttVGH, WüRV XXX(1937),122

lich-rechtlichen Pflichten[1].

Besonders hervorzuheben ist hier ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, dessen Leitsätze für den ö.r.Vertrag schon fast zum Dogma geworden sind und das die eben genannten Vertragsgrenzen besonders deutlich herausstellt[2]: Die Grenzen zwischen dem öffentlich-rechtlichen Bereich, in dem die Verwaltung hoheitlich gegen den Bürger vorgehen dürfe, und dem privaten Bereich seien durch Gesetz und Recht bestimmt und "grundsätzlich den Vereinbarungen der Beteiligten entzogen. Es gibt keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung diese Grenzen verschoben werden könnte, sei es zugunsten des Bürgers, sei es zugunsten der Verwaltung. Es gibt auch keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders geregelt werden könne, als durch das Gesetz vorgeschrieben, es sei denn, daß im Gesetz selbst solches ausdrücklich zugelassen worden ist". Im Anschluß an Forsthoff[3] fährt das Gericht dann fort: "Wo die Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet haben, erheben sich Bedenken dagegen, es ihrer Entscheidung zu überlassen, ob sie von diesen Befugnissen Gebrauch machen oder den Weg der vertraglichen Anbahnung des angestrebten Erfolgs einschlagen wollen"[4].

2. Durch die Subsidiarität des ö.r.Vertrags gegenüber dem an sich vom Gesetz vorgesehenen VA wäre auch ein Anspruch des Bürgers auf Abschluß eines ö.r.Vertrags anstelle eines ihn belastenden VAs unter Berufung auf den Grundsatz des ge-

---

1) H.J.Wolff Bd.I § 44 II b 3.,S.282;Löwer S.248ff.für den Prozeßvergleich;Kottke S.86f;PrOVGE 12,120ff,125;vgl.auch BaWü-VGH,BaWüVwBl.1962,77ff,79

2) DVBl.1957,721 mit Anm.v.Forsthoff

3) a.a.O.S.267

4) ablehnend Bachof,VerfR I Teil 2 A 10 S.105f.Später nahm das BVerwG(DÖV 1962,423f)einen großzügigeren Standpunkt bei einem Prozeßvergleich ein.- Durch ein neueres Urteil des BVerwG,DVBl.1967,43 ist das zitierte Urteil nicht gegenstandslos geworden, weil sich das BVerwG dort nur zur prinzipiellen Zulässigkeit des ö.r.Vertrags bekannt hat, aber auch zur Zulässigkeitsbegrenzung im Einzelfall durch die Rechtsordnung

ringstmöglichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum jedenfalls dort ausgeschlossen, wo das Gesetz den Abschluß ö.r.Verträge nicht ausdrücklich vorsieht[1].

3. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den sich ja weitgehende Bedenken gegen den ö.r.Vertrag gründen[2], wäre Genüge getan. Wo die Rechtsordnung die Regelung eines Sachverhalts durch VA vorsieht, sichert sie zugleich typisierend den Gleichheitsgrundsatz und schließt die Möglichkeit der Individualgestaltung über ihre Grenzen hinweg aus.

4. Die Gefahr einer Auflehnung des Vertrags gegen das Gesetz[3] wäre bei der hier vertretenen Auffassung über den legitimen Anwendungsbereich ö.r.Verträge auf ein Mindestmaß reduziert, da das Gesetz selbst ihre Zulässigkeits- bzw. Inhaltsgrenze bildet. Ohne die Subsidiarität des ö.r.Vertrags gegenüber dem -gesetzlich vorgesehenen - VA könnten auch die vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausgehenden Bedenken gegen den ö.r.Vertrag[4] nicht ausgeräumt werden.

5. Häufig wird auch als Inhaltsschranke ö.r.Verträge das Verbot einer vertraglichen Erweiterung der öffentlichen Gewalt genannt[5]. Das ist in dieser Allgemeinheit mißverständlich. Die Schranke wurde nämlich in all den Fällen gezogen, wo die Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten objektiv-gesetzlich bereits ausreichend geregelt waren und die subjektiv-vertragliche Abrede sich darüber hinwegsetzte, also nicht für den Bereich praeter legem. Eine nur scheinbare Ausnahme bildet der vom HessVGH entschiedene Fall, wo eine Vereinbarung zur Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Abgabe für unzulässig erklärt wurde[6]; es handelte sich zwar um einen Vertrag praeter legem, der jedoch unzulässig war,

---

1) Jedlicka S.109
2) vgl.die Nachweise oben 1.Teil §2 I, S.20, insbesondere Anm.6-8
3) Bullinger S.17f.; ähnlich Menger-Erichsen, VwArch.Bd.58(1967) S.176f.; a.A.Martens S.471
4) W.Burckhardt S.37,42ff; HessVGH, DÖV 1966,760; a.A.Steffen S.21; Apelt II S.269; vgl.auch Menger-Erichsen, VwArch.Bd.58(1967) S. 176
5) Friedrichs a.a.O.S.2487; Baur a.a.O.S.1213 (zugrunde lag entgegen seiner Ansicht kein privatrechtlicher, sondern zumindest ein gemischter Vertrag); BVerwG, DVBl.1957,722; OVG Lüneburg, DVBl.1961,561
6) DÖV 1956,185

weil die Steuer= und Abgabengesetze - wie überhaupt alle zwingenden Gesetzesvorschriften - grundsätzlich als abschließende Regelung anzusehen sind[1]. Nur so ist der Vorrang des Gesetzes ausreichend gesichert.

So gewinnt der Unterschied zwischen zwingend und dispositiv vorgegebener gesetzlicher Regelung für die Zulässigkeit der ö.r.Verträge praeter legem Bedeutung: Bei zwingend vorgegebener gesetzlicher Regelung ist diese grundsätzlich als abschließend gewollt anzusehen mit der Folge, daß eine vertragliche Erweiterung oder Ergänzung der objektiven Normenlage durch diese selbst ausgeschlossen ist; dagegen lässt eine Dispositivregelung den Schluß zu, der Gesetzgeber habe sie nicht abschließend getroffen, und der Weg für den ö.r.Vertrag praeter legem wird frei.

1) vgl.hierzu Stern I S.137f.; Forsthoff S.239f. sowie 8.Aufl. S.462: "Der Satz "volenti non fit iniuria" kann auf dem Boden des zwingenden öffentlichen Rechts nicht gelten."

§ 2 Die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vergleichs- und Austauschvertrags - zu §§ 41 und 42 E

I. Überblick

1. § 40 Abs.2 E enthält in seiner Definition des subordinationsrechtlichen Vertrags zugleich den Hinweis, daß die §§ 41 und 42 E über die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Vergleichs- und Austauschverträgen nur für subordinationsrechtliche Verträge dieser Art gelten. In dem entsprechenden § 40 S.2 E 66 fehlen zwar Verweisungen auf die §§ 41 und 42 E; doch verweisen statt dessen die §§ 41 und 42 auf § 40 S.2 zurück[1]. In der Sache hat sich durch die Neufassung nichts geändert, sie sollte nur gesetzestechnisch klarer formulieren[2].

2. Funktionen des ö.r.Vertrags

§ 40 Abs.2 E nimmt zum Ausgangspunkt einer Sonderregelung des subordinationsrechtlichen Vergleichs- und Austauschvertrags die Funktion des ö.r.Vertrags nach dem von den Parteien verfolgten Zweck.

Ob diese Wahl besonders glücklich getroffen ist muß bezweifelt werden. Näher hätte es gelegen, die Funktionen des subordinationsrechtlichen Vertrags im Verhältnis zum VA[3] oder im Verhältnis zur Rechtsordnung[4] für seine Aufgliederung heranzuziehen und von hier aus eine Sonderregelung der Grenzen seiner Zulässigkeit zu versuchen. Auch folgt der Entwurf mit der Aufteilung in Vergleichs- und Austauschverträge einer Einteilung Salzwedels[5] und erweckt so zumindest den Anschein, er wolle sich dessen Auffassung anschließen, wonach als Zulässigkeitsgrund ö.r.Verträge u.a. auch eine "vertragsfordernde Vergleichs- und Austauschlage" gelten kann[6].

3. § 40 Abs.2 E enthält für sich gesehen nicht nur eine Legaldefinition des subordinationsrechtlichen ö.r.Vertrags, sondern

---

1) durch die Formulierung "Vertrag im Sinne des § 40 S.2...."
2) Ule-Sellmann a.a.O.S.839,(5)
3) nämlich: 1.Ersetzung des VAs oder 2.Ergänzung(Erweiterung) des hoheitlichen Bescheids
4) nämlich: 1.Rechtssetzungsfunktion, 2.Rechtsänderungsfunktion, 3.Rechtsersetzungsfunktion 4.Ergänzung oder Erweiterung der Normenlage 5.Begründung eines ö.r.Status 6.Ersetzung der Rechtsgrundlage eines VAs
5) a.a.O.S.119ff.
6) a.a.O.S.20ff.,194ff,225,,254ff

auch eine direkte Aussage über dessen Zulässigkeit als Vergleichs- und Austauschvertrag: Von den besonderen Zulässigkeitsschranken der §§ 41 und 42 E abgesehen kann die Handlungsform des VAs durch die des ö.r.Vertrags ersetzt werden.

So weit wollten die Verfasser des Entwurfs jedoch auch wieder nicht gehen; in ihrer Erläuterung betonen sie, gemeint sei nur eine Beschreibung des allgemeinen Subordinationsverhältnisses als der allgemeinen Möglichkeit, an den Vertragspartner VAe zu richten[1]. Daß diese Beschreibung des Subordinationsverhältnisses für den ö.r.Vertrag wertlos ist wurde bereits dargelegt[2]; daß die Legaldefinition darüber hinaus auch eine Aussage zur Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge enthält und die Austauschbarkeit des VAs durch den ö.r.Vertrag zulässt ergibt ihr Wortlaut "...öffentlich-rechtlicher Vertrag anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen...". In dieser seiner zweiten Bedeutung kann § 40 Abs.2 E jedoch keine Zustimmung finden.

Es ist davon auszugehen, daß jede Vorschrift im Entwurf, die eine Aussage über besondere Zulässigkeitserfordernisse des ö.r.Vertrags enthält, also auch § 40 Abs.2 E, unter der allgemeinen Zulässigkeitsschranke des § 40 Abs.1 E steht.

a)Versteht man § 40 Abs.1 E so, wie es hier im einzelnen dargelegt wurde, so steht § 40 Abs.2 E hierzu in direktem Widerspruch; denn der richtig verstandene Begriff des subordinationsrechtlichen ö.r.Vertrags einerseits, seine allgemeine Zulässigkeit im System unserer Rechtsordnung andererseits ergibt, daß der subordinationsrechtliche ö.r.Vertrag schlechthin unzulässig ist:
In einem subordinationsrechtlichen Vertrag wird ein Sachverhalt geregelt, der nach vorhandenen Rechtsvorschriften auch im Verhältnis der Über- und Unterordnung, also insbesondere durch einseitige hoheitliche Entscheidung hätte geregelt werden können. Die Legaldefinition des subordinationsrechtlichen ö.r.Vertrags in § 40 Abs.2 E ist daher

1)Einzelbegr.S.194
2)vgl.o. 1.Teil § 1 III 2.,S.4ff.

durchaus treffend, doch folgt aus ihr zugleich auch seine prinzipielle Unzulässigkeit, soweit man die Subsidiarität ö.r.Verträge gegenüber gesetzlich vorgesehenen VAen anzuerkennen bereit ist[1]. In den Bereichen praeter legem fehlt ein konkretes Subordinationsverhältnis und ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist daher auch gar nicht denkbar; ö.r.Verträge praeter legem sind immer koordinationsrechtliche Verträge ohne Ansehung der Vertragsparteien. Zulässige subordinationsrechtliche Verträge sind allenfalls als benannte Verträge, d.h. im Bereich solcher rechtssatzmäßiger Regelung denkbar, die neben oder anstatt der einseitigen Regelungsbefugnis ausdrücklich den Beteiligten eine vertragliche Regelung des Sachverhalts gestattet; machen die Parteien von dieser Ermächtigung Gebrauch, so sind ihre Vertragsbeziehungen nicht subordinationsrechtlicher Natur, weil die Ermächtigungsnorm selbst die Koordination der Vertragsparteien herstellt.

b) Die Verfasser des Entwurfs sahen dagegen die allgemeinen Zulässigkeitsgrenzen des § 40 Abs.1 E wesentlich anders und gingen von einer viel großzügigeren Auffassung über den legitimen Anwendungsbereich ö.r.Verträge aus. Nach ihrer Meinung ist auch ein echter subordinationsrechtlicher Vertrag zulässig, d.h. es ist den Beteiligten gestattet, ungeachtet einer gesetzlich vorgegebenen Subordinationsbeziehung den fraglichen Sachverhalt vertraglich zu regeln, insbesondere im Bereich von Ermessensvorschriften. Für sie bedeutet daher auch die Vorschrift des § 40 Abs.2 E ebenso wenig einen Widerspruch zu § 40 Abs.1 E wie die nähere Regelung des Vergleichs- und Austauschvertrags.

Schon wegen dieser gänzlich unterschiedlichen Auffassung über den legitimen Anwendungsbereich des ö.r.Vertrags kann die Sonderregelung des subordinationsrechtlichen Vertrags keine Zustimmung finden. Lässt man (echte) subordinationsrechtliche Verträge zu, so erlaubt man den Parteien, sich über ein gesetzlich vorgegebenes Subordinationsverhältnis hinwegzusetzen und über ihre gesetzlichen Befugnisse und Pflichten zu verfügen. Damit setzt sich der Entwurf in §§

1) vgl.o. § 1 IV, S.40ff.

40 Abs.2, 41 und 42 auch in Widerspruch zu der herrschenden Meinung und den von ihr mühsam aufgebauten Vertragsschranken. Es ist kaum anzunehmen, daß dies der Absicht der Verfasser entspricht. So bleibt nur der Vorschlag, diese Vorschriften zu streichen, weil zulässige ö.r.Verträge nur als koordinationsrechtliche Verträge denkbar sind und für deren Zulässigkeitsgrenzen die Formulierung des § 40 Abs.1 E jedenfalls dann ausreicht, wenn man sie so, wie hier dargestellt, deutet.

Ungeachtet dieser prinzipiellen Ablehnung der Sonderregelung des subordinationsrechtlichen Vertrags sollen dennoch im folgenden die einzelnen Vorschriften über die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vergleichsvertrags (§ 41 E, vgl. nachfolgend unter II.,) und Austauschvertrags (§ 42 E, vgl. nachfolgend unter III.,) sowie über die Sicherung ihrer Zulässigkeitsgrenzen (§ 45 E, vgl. nachfolgend unter § 3) noch einer näheren Betrachtung unterzogen werden, insbesondere ihre wesentlichsten Aussagen zur Zulässigkeit ö.r.Verträge. Für die zulässigen koordinationsrechtlichen Verträge zwischen Staat und Bürger, also die benannten und die praeter legem abgeschlossenen Verträge, behalten diese Vorschriften ihre Bedeutung, denn der Entwurf behandelt auch sie - wie alle Verträge zwischen Staat und Bürger im verwaltungsrechtlichen Bereich - als subordinationsrechtliche Verträge und schließt sie in seine Sonderregelung ein.

II. Subordinationsrechtliche Vergleichsverträge - § 41 E

§ 41 E erlaubt den Beteiligten den Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichsvertrags bei objektiver Ungewissheit (" bei verständiger Würdigung") über den Sachverhalt oder die Rechtslage. § 41 E 66 setzt darüber hinaus noch voraus, daß die Behörde den Abschluß eines Vergleichs nach pflichtgemäßem Ermessen für "notwendig" hält, § 41 RE, daß sie dies für "zweckmäßig" hält. An der Zulässigkeitsaussage ändern diese Neuerungen nichts, weil auch schon nach der ursprünglichen Fassung des § 41 E der Abschluß des subordinationsrechtlichen Vergleichsvertrags durch eine "Kann-Vorschrift" zugelassen war und das damit der Behörde eingeräumte Ermessen ohnehin, wie jedes Ermessen, ein pflichtgemäßes war[1].

Der Entwurf folgt in § 41 der beim Prozeßvergleich üblichen Einteilung in Tatsachenvergleich und Rechtsvergleich und lässt beide aus Gründen der Verwaltungsökonomie zur gerechten und befriedigenden Regelung atypischer Tatbestände unbeschränkt zu[2]. Dagegen wurden mit Recht gewichtige Bedenken geltend gemacht[3] :

1. Vergleichsverträge bei objektiv ungewisser Rechtslage

§ 41 erlaubt den Parteien einen Vergleichsvertrag selbst bei zwingend vorgegebener Rechtslage. Ule-Becker haben hiergegen mit Recht den Vorwurf erhoben, daß solche Verträge einen Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers enthalten, gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Frage stellen[4]. Entgegen ihrer Ansicht gilt dasselbe aber auch grundsätzlich für den Bereich von Ermessensvorschriften[5]. Für den eigentlichen Anwendungsbereich des ö.r.Vertrags, den Bereich praeter legem, sowie für die sog. benannten Verträge besteht dagegen für einen Vergleichsvertrag über Rechtsfragen keine Notwendigkeit.

Ule-Becker haben gegen den Vergleichsvertrag über Rechtsfolgen noch ein weiteres nicht zu unterschätzendes Argument

1) Ule-Sellmann S.839,(6)
2) Einzelbegr.zu § 41, S.195f.
3) Ule-Becker S.67ff;zustimmend Spanner,DVBl.1964,849
4) Ule-Becker S.68f.
5) vgl.insbesondere oben § 1 III 3., S.36ff.

vorgetragen: Es kann der Fortentwicklung des öffentlichen Rechts und der Lösung anstehender schwieriger Rechtsfragen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung schaden, wenn man der Behörde den Abschluß ö.r.Verträge und damit ein Ausweichen vor einem Verwaltungsstreitverfahren zur Wahl stellt[1].

2. Vergleichsverträge bei Ungewissheit des Sachverhalts

Auch bei einem Vergleich über Tatsachen bestehen Bedenken im Hinblick darauf, daß er den Beteiligten die Möglichkeit eröffnet, durch bloße vertragliche Einigung die tatsächlichen Voraussetzungen für gesetzliche Rechtsfolgen zu schaffen, deren Eintritt der Gesetzgeber nur für den Fall anordnen wollte, daß die tatsächlichen Voraussetzungen auch wirklich vorliegen. Hier bietet allerdings die in § 41 E geforderte Voraussetzung objektiver tatsächlicher Ungewissheit eine Schranke für die vertragliche Dispositionsfreiheit. Um eine Manipulation der gesetzlichen Rechtsfolgen durch künstliche Schaffung der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen zu unterbinden wäre es noch besser gewesen, den Untersuchungsgrundsatz des § 17 E heranzuziehen und der behördlichen Untersuchungspflicht den unbedingten Vorrang vor dem Abschluß eines Tatsachenvergleichs zu geben, m.a.W. einen solchen Vergleich erst zuzulassen, wenn die von Amts wegen durchgeführte Sachaufklärung zu einem non liquet führt, weil weder das Vorliegen noch das Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen nachweisbar ist[2]. Eine solche gesetzestechnische Lösung durch Heranziehung des § 17 E anstelle der jetzigen Formulierung des § 41 ("bei verständiger Würdigung bestehende Ungewissheit") wird allerdings erst dann möglich, wenn § 41 auf den Tatsachenvergleich beschränkt wird.

Ule-Becker ziehen dem Tatsachenvergleich noch eine weitere Schranke: Solche Vergleiche sind dann unzulässig, wenn die Nichterweislichkeit der Anspruchsvoraussetzungen im Verantwortungsbereich des Antragstellers liegt[3]. Der Gedanke ist richtig, aber zu einseitig gefasst. Es kann auch umgekehrt

1) Ule-Becker a.a.O.S.69
2) Mellwitz, DVBl. 1962,601ff.,603; Ule-Becker a.a.O.S.67
3) Ule-Becker S.68

im Verantwortungsbereich der Behörde liegen, daß eine für den Eingriffsakt geforderte tatsächliche Voraussetzung nicht erwiesen werden kann. Ein Tatsachenvergleich ist folglich generell immer dann unzulässig, wenn es im Verantwortungsbereich eines der Beteiligten liegt, daß eine ihm günstige Tatsache nicht nachgewiesen werden kann; er hat dann die Folgen der objektiven Beweislosigkeit zu tragen. Auf diese Weise ließe sich vorrangig vor dem Tatsachenvergleich die Mitwirkung aller Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts (§ 18 Abs.2 E) sichern.

Innerhalb dieser Grenzen könnte der Tatsachenvergleich aus Gründen der Verwaltungsökonomie zugelassen werden.

3. Ungeachtet der unterschiedlichen Zulässigkeit von Tatsachenvergleich und Rechtsvergleich erheben sich gegen die Regelung des § 41 E auch ganz allgemeine Bedenken:
Die Verfasser des Entwurfs können sich bei der von ihnen vorgeschlagenen Zulassung von Tatsachenvergleich und Rechtsvergleich nicht auf Gewohnheitsrecht stützen[1]. Sie haben vielmehr mit § 41 in einen Meinungsstreit eingegriffen[2], den auszutragen der Fortentwicklung des öffentlichen Rechts mehr genutzt hätte als die gesetzliche Fixierung einer der strittigen Ansichten. Aus diesem Grund haben Ule-Becker eine dem § 106 VwGO entsprechende Formulierung des § 41 E vorgeschlagen[3]. Auch das kann keinen Beifall finden, und zwar weniger aus dem von Haueisen angeführten Grund, daß damit die ganze

1) Einzelbegr.zu § 41,S.196; dagegen Ule-Becker S.66 und Haueisen, DVBl.1964,842

2) beim prozessualen Vergleich
a) über Rechtsfragen ist bestr., ob er allgemein zulässig ist bei objektiv ungewisser Rechtslage(BVerwG,DVBl.1962,600f; BayVGH,BayVwBl.1958,151;vgl.auch Löwer S.244f) oder nur,wenn zwingende Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen(Ule a.a.O. S.148;Köhler § 106 Anm.3) oder überhaupt nicht(Mellwitz,DVBl. 1962,601ff;OVG Münster,VwRspr.Bd.4,886;BSozGE 16,61; anscheinend auch Haueisen,NJW 1963,1330)
b) über Tatsachen ist bestr.,ob er allgemein zulässig ist(Löwer S.240ff;BVerwGE 17,87ff,93ff;BSozGE 4,31) oder nur bei Scheitern der amtlichen Sachverhaltsermittlung(Mellwitz,DVBl. 1962,601ff,603; Ule-Becker S.67) oder nur, wenn der im Streit befindliche Anspruch atypisch ist (Haueisen,DVBl.1961,833ff, 836 und NJW 1963,1329ff;dagegen Löwer S.242f.) oder überhaupt nicht(Ule S.148;Schunck-de Clerc § 106 Anm.2f.)

3) Ule-Becker S.69f.

Problematik des § 106 VwGO in den Entwurf eingebracht würde[1]. Vielmehr bringt eine solche Formulierung keinen Fortschritt, weil § 40 Abs.1 E bereits eine Antwort auf die von § 106 VwGO gestellte Frage nach der Verfügungsbefugnis der Parteien gibt und die wiederholte Stellung dieser Frage in einer Sondervorschrift zu § 40 Abs.1 E zur Lösung der besonderen Probleme des Vergleichsvertrags nichts beiträgt.

All dies gilt natürlich nur dem außergerichtlichen Vergleichsvertrag. Ob der prozessuale Vergleich unter erleichterten Voraussetzungen zugelassen werden sollte ist eine ganz andere Frage. Dafür spräche einmal die Steigerung der verwaltungsökonomischen Interessen bei Einleitung des Verwaltungsstreitverfahrens, zum anderen die prozessuale Beteiligung des Gerichts am Abschluß des Vergleichs, die die Gewähr dafür bieten könnte, daß die im Vergleich getroffene Regelung mit dem objektiven Recht zu vereinbaren ist. Die Zulässigkeit des gerichtlichen Vergleichs in seiner materiellen Seite besonders zu regeln war jedoch nicht Aufgabe des Entwurfs.

1) Haueisen, DVBl. 1964, 842

III. Subordinationsrechtliche Austauschverträge - § 42 E

1. Übersicht

§ 42 E setzt dem subordinationsrechtlichen Austauschvertrag engere Grenzen, als sie der Entwurf für sonstige ö.r.Verträge vorsieht:

a) Die Zulässigkeit solcher Verträge bemisst sich zunächst einmal nach der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung des § 40 Abs.1 E, d.h. dem Vertrag dürfen keine Rechtsvorschriften entgegenstehen. Allerdings ist diese Zulässigkeitsschranke, folgt man der Meinung der Verfasser des Entwurfs, nicht von allzu großer Bedeutung, da demnach nur zwingendes Recht die Zulässigkeit des ö.r.Vertrags ausschließen soll.

b) Darüber hinaus muß die Gegenleistung des Bürgers gem. § 42 Abs.1 E
- der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen
- für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart werden,
- in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Verpflichtung der Behörde stehen
- und schließlich angemessen sein.

c) Noch enger begrenzt § 42 Abs.2 E den Inhalt solcher Verträge, die einen begünstigenden VA ersetzen, auf dessen Erlaß der Bürger nach der vorhandenen Gesetzesregelung ohnehin einen Anspruch hätte. Hier kann die Behörde vom Bürger nur das verlangen, was sie ihm auch auf dem Weg einer Nebenbestimmung zum begünstigenden VA abfordern könnte.

2. Gerade die letztgenannte Sicherung (§ 42 Abs.2 E) bestätigt die Auffassung der Verfasser des Entwurfs, daß der VA durch den ö.r.Vertrag ersetzt werden kann. Von diesem Standpunkt aus war daher auch die Vertragsgrenze des § 42 Abs.2 E unbedingt erforderlich, um zu verhindern, daß die Verwaltung vom Bürger eine beliebige Gegenleistung fordert für eine Leistung, die sie ihm ohnehin zu gewähren hätte und die sie nur in den Grenzen des § 28 E mit Gegenleistungen und Bindungen des Bürgers verknüpfen könnte; die Behörde soll sich nicht eine gesetzliche Begünstigung des Bürgers zunutze machen, um von ihm eine Gegenleistung zu erhalten, zu der sie auf ande-

rem oder so einfachem Weg nicht kommen kann. Durch den ö.r. Vertrag kann insoweit die öffentliche Gewalt nicht erweitert werden[1]. Gleichzeitig sichert § 42 Abs.2 E den Gleichbehandlungsgrundsatz, indem er den Inhalt der davon betroffenen Verträge dem Inhalt der VAe, die sie ersetzen, anpasst und solche Verträge nur in den Grenzen der gleichförmig typisierenden gesetzlichen Begünstigung zulässt. Insoweit verdient § 42 Abs.2 E volle Zustimmung. Fraglich bleibt allerdings, ob ein Vertrag als Alternative zu einem VA dann noch sinnvoll ist, wenn beide sich nur noch in der Form und nicht mehr im materiellen Gehalt ihrer Regelung unterscheiden, der ö.r. Vertrag also zum bloßen Normvollzugsakt wird.

3. § 42 Abs.1 E verfolgt ähnliche Ziele. Seine vier besonderen Anforderungen an die Zulässigkeit des Austauschvertrags sollen verhindern, daß die Behörde sich ihr Arrangement durch Vertrag (anstelle einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandelns) in unangemessener Weise vom Bürger vergüten lässt. Der Austauschvertrag war seit jeher der entscheidende "Prüfstein" für die Stellungnahme zum ö.r.Vertrag, und wohl allzu häufig wurden in einseitiger Ansehung des Austauschvertrags allgemeine Regeln über die Zulässigkeit des ö.r.Vertrags schlechthin aufgestellt. So kommt z.B. Salzwedel, der einseitig die Vorteile der Verwaltung im Auge hat, wegen des "vertragsfordernden Austauschinteresses" der Verwaltung zu einer weitgespannten Zulässigkeit ö.r.Verträge, während umgekehrt Bullinger nur den Schutz des Bürgers und die Reinheit der Verwaltung vor kommerziellem Denken im Auge hat, wenn er Verträge zwischen Staat und Bürger im öffentlich-rechtlichen Bereich prinzipiell ausschließt, um ein Paktieren der Behörde "wie ein Händler mit dem Kunden über Hoheitsangelegenheiten" und die Freiheit der Verwaltung, "bis zur Sittenwidrigkeit und speziell des Wuchers um eine Gegenleistung zu feilschen"[2], zu unterbinden. Das hier zutage tretende Problem einer sachwidrigen Koppelung der Vertragsleistungen durch die Verwaltung[3] versucht der Entwurf in § 42 Abs.1 zu lösen.

---

1) entsprechend der h.M., vgl.o. § 1 IV, S.43,Anm.5
2) DÖV 1960,748 sowie a.a.O.S.255
3) dazu Jedlicka S.77ff;Forsthoff S.280f;Kottke S.97ff;BGH, DVBl.1967,36 mit Anm.v. Tittel und Menger-Erichsen,VwArch. Bd.58(1967),174f.

a)Benannte Austauschverträge

Ö.r.Verträge zwischen der Verwaltung und einem einzelnen sind u.a. bei Vorliegen einer spezialgesetzlichen Ermächtigung zulässig. Hier ist die Gefahr einer sachwidrigen Koppelung der Vertragsleistungen nicht allzu akut. Aus dem Sinn und Zweck der Ermächtigungsnorm und der sie umgebenden gesetzlichen Regelung werden sich vielfach Inhalt und Grenzen der Vertragsleistungen bestimmen lassen. Aber auch hier sind die Inhaltsschranken des § 42 Abs.1 E nicht entbehrlich und durchaus am Platze. Allerdings werden sie nicht in jedem Fall wirksam, wie folgendes Beispiel eines gesetzlich vorgesehenen Subordinationsvertrags zeigen soll, nämlich einer Übernahmevereinbarung nach § 40 Abs.5 BBauG:

Ist in einem Bebauungsplan ein Privatgrundstück als Baugrundstück für den Gemeinbedarf festgesetzt, z.B. für ein städtisches Hallenbad, so kann der Eigentümer Entschädigung verlangen derart, daß die Gemeinde zur Übernahme der Grundstücksfläche gegen Entgelt verpflichtet wird. Die Gemeinde und der betroffene Grundstückseigentümer sollen sich gem. § 40 Abs.5 BBauG hierüber vertraglich einigen. Kommt demgemäß ein Vertrag zustande, so ist dies ein ö.r. Vertrag[1]. Mißt man ihn an § 42 Abs.1 S.1 E, so sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen: Die Übereignung des Grundstücks muß zweckgebunden für den Bau des städtischen Hallenbads erfolgen (1.Voraussetzung). Sie muß der Gemeinde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen, hier also zur Förderung des sozialen und kulturellen Wohls ihrer Einwohner (2.Voraussetzung, vgl. z.B.§§ 1 Abs.2, 10 Abs.2 S.1 BaWüGO). Ist diese Zweckbestimmung der Grundstücksübereignung durch § 45 Z.4 E jedoch ausreichend gesichert? Nach dieser Vorschrift ist der ö.r.Vertrag nur

1)allerdings bestr.Expropriationsverträge werden z.T.als ö.r. Ve angesehen(Fleiner S.314;Speiser S.67ff) jedenfalls dann, wenn das Enteignungsverfahren nicht nur Motiv für den Vertragsabschluß bildet(Apelt I S.152ff;im Erg.auch Imboden S. 84,138ff),sondern wenn der Vertrag nach Einleitung des Enteignungsverfahrens abgeschlossen wurde(Salzwedel S.94; Forsthoff S.266;Kottke S.22f.) - z.T. als Privatverträge zur Vermeidung der Enteignung(Fischer a.a.O.; BGH, DÖV 1958,309ff; BVerwGE 19,171)

nichtig, wenn sich die Gemeinde das Grundstück schlechthin ohne die erwähnte Zweckbindung übereignen lässt. Wie aber, wenn diese Zweckbindung zwar im Vertrag festgelegt war, die Behörde sich aber später nach Vertragsabschluß nicht mehr daran hält, etwa deshalb, weil sie nach Erwerb des Grundstücks erkennt, daß der Bau des Hallenbads ihre finanziellen Möglichkeiten übersteigt, und wenn sie deshalb das Grundstück aufteilt und mit Gewinn zur Bebauung an mehrere Gemeindeeinwohner weiterverkauft? Hier ließ sich die Gemeinde keine unzulässige Leistung versprechen, sondern hielt lediglich die in § 42 Abs.1 S.1 E vorausgesetzte Zweckbindung später nicht ein. Diesen Fall erfasst § 45 Z.4 E nicht mehr, sondern nur solche Leistungsversprechen, die schon bei Vertragsabschluß erkennbar nicht den Anforderungen des § 42 Abs.1 S.1 E genügten. Die spätere Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Austauschvertrags ist somit nicht genügend gesichert.

Als weitere Voraussetzung muß nach § 42 Abs.1 S.2 E, bleibt man in dem genannten Beispiel, der Wert und die Größe des übereigneten Grundstücks in angemessenem Verhältnis zum Geldentschädigungsbetrag (3.Voraussetzung) und in sachlichem Zusammenhang mit diesem stehen (4.Voraussetzung). An dem sachlichen Zusammenhang würde es beispielsweise fehlen, wenn die Gemeinde eine pekuniäre Subventionsleistung von der Übereignung des Grundstücks abhängig machen wollte, mag die Geldleistung auch dem Wert des Grundstücks entsprechen und die Übereignung auch zum Zweck des Baus eines städtischen Hallenbads vertraglich bestimmt sein. Damit soll mit § 42 Abs.1 S.2 E eine sachwidrige Koppelung der Vertragsleistungen unterbunden werden. Wenn § 42 Abs.1 S.2 E dazu noch verlangt, die Gegenleistung des Bürgers müsse "angemessen" sein, so führt der Entwurf damit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ins Recht des öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags ein[1].

b)Unbenannte Austauschverträge im Ermessensbereich

Verträge im Bereich solcher Verwaltungsvorschriften, die die Behörde zur Regelung eines Sachverhalts nach ihrem

1)vgl.Einzelbegr. zu § 42 Abs.1, S.197

Ermessen ermächtigen, sind nach Meinung der Verfasser des Entwurfs zulässig. Besonders auf diese Vertragsfälle zielt die Regelung des § 42 E ab: Hier soll der Gefahr einer fehlerhaften Ermessensausübung durch ein Ausweichen in die Vertragsform, insbesondere einer sachwidrigen Koppelung der Vertragsleistungen, vorgebeugt werden. Gerade hier liegt die Versuchung der Behörde, sich ihr begünstigendes Ermessen honorieren zu lassen, nahe; der Bürger fühlt sich hier abhängiger als im Bereich der gebundenen Verwaltung und ist so eher geneigt, ein zu seinen Gunsten ausgeübtes Ermessen entsprechend zu belohnen[1]. Die Gefährdung der Entschließungsfreiheit des Bürgers lässt sich angesichts des "kalten, aber außerordentlich wirksamen Zwangs"[2] auch nicht mit dem Hinweis auf "volenti non fit iniuria" leugnen.

Der Entwurf versucht dem mit der Regelung des § 42 Abs.1 abzuhelfen. Ob dies gelungen ist, soll an Hand des Beispiels einer Baudispensabrede untersucht werden:
Nach § 31 BBauG kann die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde von den Festsetzungen, die im Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sind, Ausnahmen zulassen. Demgemäß vereinbart die Baugenehmigungsbehörde mit einem Bauwilligen die Genehmigung eines 3-geschossigen Bauwerks anstelle eines 2-geschossigen, das an sich der Regelfestsetzung des Bebauungsplans entspräche. Der Bauherr verpflichtet sich, dafür einen Randstreifen seines Baugrundstücks zur Verbreiterung der angrenzenden Straße unentgeltlich abzutreten.

Zunächst verlangt § 42 Abs.1 E, daß die Gegenleistung des Bürgers angemessen sein müsse. Allerdings ist diese Inhaltsschranke nicht allzu bedeutsam, denn immerhin bietet der gegenseitige Vertrag im Normalfall die Gewähr dafür, daß Leistung und Gegenleistung sich wertmäßig in etwa entsprechen, sonst würden ihn die Parteien nicht abschließen. So wird im Beispielsfalle der Bauwillige den Randstreifen seines Baugrundstücks nur dann abtreten, wenn sein Wert der Werterhöhung des Baugrundstücks durch Zulassung der 3-ge-

1) Willigmann S.230
2) Willigmann S.229

schossigen Bauweise entspricht. Dennoch bleibt die Frage offen, ob hier nicht bereits insofern eine sachwidrige Kop= pelung anzunehmen ist, als sich die öffentliche Hand eine private Grundstücksfläche verschafft, für die sie im Falle einer Zwangsenteignung Entschädigung in Geld zu leisten hätte, während ihre Gegenleistung im Beispielsfall ledig= lich in einer dem Betroffenen günstigen Ermessensausübung besteht; entspricht eine solche Art von "Entschädigung" den Anforderungen des Art.14 Abs.3 GG ? Jedenfalls gilt nach der Entwurfsregelung das Prinzip "volenti non fit iniuria" selbst dann noch, wenn der Bürger bereits einen Antrag auf die genannte Ermessensentscheidung (VA) gestellt hat, sodaß er den Eindruck gewinnen muß, die Verwaltung wolle seinen Antrag bzw. seine Abhängigkeit von ihrer Entscheidung durch ein Paktieren zu ihren Gunsten ausnützen.

Allerdings muß nach dem Entwurf die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart sein und der Behörde zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Dazu soll das angeführte Beispiel etwas variiert werden: Nach dem Entwurf würde es auch genügen, wenn der Bauwillige für die Ertei= lung der Ausnahmegenehmigung einen Geldbetrag zu zahlen verspricht, der irgendeiner Bauaufgabe der Gemeinde dient, z.B. der Beschaffung von dem Gemeinbedarf und zu Bauzwecken dienenden Gemeindegrundstücken. Daß die spätere Verwendung der Gegenleistung für den im Vertrag bestimmten Zweck durch § 45 Z.4 E nicht ausreichend gesichert ist wurde bereits dargelegt. Daß pekuniäre Gegenleistungen des Bürgers in ihrer allgemeinen Zweckneutralität durch den Vertrag selbst nicht genügend gebunden werden können und die Behörde sie häufig nicht zweckgebunden in den Haushaltsplan einbringen wird vergrößert die Gefahr einer Verbindung hoheitlicher Ermessensentscheidungen mit fiskalischen Verwaltungsinte= ressen, womit dem Kauf von hoheitlichen Rechten und Begün= stigungen Tür und Tor geöffnet wird.

Gerade dies wollten die Verfasser des Entwurfs aber mit der Regelung des § 42 verhindern. Lässt man - im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung - ö.r.Verträge im Ermessens= bereich generell zu, so bedarf es doch wenigstens eines

wirksameren Ausschlusses sachwidriger Koppelung der Vertragsleistungen. Jedenfalls sind die Sicherungen des § 42 E, die Gegenleistung müsse für einen bestimmten Vertragszweck vereinbart sein, der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen und angemessen sein, keinesfalls genügend, das damit verfolgte Ziel zu erreichen. Einen einfacheren und doch viel wirksameren Weg hat Willigmann für den Ausschluß sachwidriger Koppelungen gewiesen, ohne dabei auf den Austauschvertrag besonders einzugehen. Danach muß (u.a.) die Behörde "- unabhängig von der Koppelungsfrage - befugt sein, die konkrete Gegenleistung zu verlangen. Die Verpflichtung muß also dem Betroffenen sowieso obliegen und darf nicht erst durch die Koppelung neu geschaffen werden".[1] Gerade dieses Postulat ist für die sachgerechte Lösung des Koppelungsproblems wesentlich und es ist sehr zu bedauern, daß der Entwurf darüber hinweggegangen ist[2]. Dagegen geht Willigmann mit Recht das Problem mit der Frage an, ob die Behörde die Gegenleistung überhaupt fordern kann, in dem angeführten Beispiel also die vertragsschließende Baugenehmigungsbehörde bzw. der Verwaltungsträger, als dessen Organ sie auftritt, den Randstreifen des Baugrundstücks überhaupt im Weg der Enteignung vom Bauherrn fordern könnte. Ist dies zu bejahen, so bleibt noch zu ergänzen: Die Behörde muß nicht nur - unabhängig von der Koppelungsfrage - befugt sein, die konkrete Gegenleistung zu verlangen (so Willigmann), sie kann sich diese vertraglich auch nur unter den Voraussetzungen versprechen lassen, unter denen sie zur einseitigen Forderung der vom Bürger verlangten Leistung befugt wäre. Steht also in dem angeführten Beispiel fest, daß die Behörde den Randstreifen des Baugrundstücks im Weg der Enteignung vom Bauwilligen fordern könnte, so wäre dies doch gem. Art.14 Abs.3 GG nur gegen angemessene Entschädigung zulässig. Richtig müsste folglich der Vertragsinhalt so gestaltet sein, daß die Behörde gegen Abtretung des Randstreifens die Ausnahme-

1) a.a.O.S.230,232 (4.,); dies entspricht auch dem Verbot einer vertraglichen Erweiterung der öffentlichen Gewalt, vgl.o. § 1 IV 5., S.43

2) der Aufsatz Willigmanns hatte den Verfassern des Entwurfs bereits vorgelegen, vgl. Einzelbegr.zu § 42 Abs.1, S.197

bewilligung und eine angemessene Geldentschädigung für den Randstreifen zu leisten hätte[1]. Nur so lässt sich eine sachwidrige Koppelung im Ermessensbereich wirksam ausschließen und bietet sich die Gewähr dafür, daß die Behörde ihr Ermessen nicht zur Umgehung ihrer hoheitlichen Bindungen oder Leistungspflichten mißbraucht.

Als letzte Sicherung bleibt der von § 42 Abs.1 S.2 E vorausgesetzte sachliche Zusammenhang zwischen der Gegenleistung des Bürgers und der vertraglichen Verpflichtung der Behörde. Dazu soll das Beispiel des Baudispensvertrags etwas abgeändert und angenommen werden, es sei als Gegenleistung des Bauwilligen für die Erlaubnis zur 3-geschossigen Bauweise die Übereignung eines ihm gehörenden, an anderer Stelle gelegenen Grundstücks vereinbart, das von der Gemeinde als Kinderspielplatz verwendet werden soll. Nach dem Entwurf genügt es, wenn vertragliche Leistung und Gegenleistung in den baurechtlichen Bereich fallen, d.h. es muß zwischen ihnen nur ein mittelbarer Zusammenhang bestehen. Demgegenüber hat Willigmann mit Recht einen unmittelbaren Zusammenhang der gegenseitigen Leistungen gefordert und zutreffend darauf hingewiesen, die Koppelung werde hier lediglich als willkommenes Druckmittel benutzt, um dem "umständlicheren, aber rechtsstaatlich abgesicherten" Enteignungsverfahren nach §§ 85ff.BBauG auszuweichen.

Als Ergebnis ist festzuhalten:
Lässt man - im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung - ö.r.Verträge im Ermessensbereich zwischen der Verwaltung und dem einzelnen zu und will man die sachwidrige Koppelung von Verwaltungsentscheidungen mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Bürgers ausschließen, so muß im Einklang mit Willigmann

- die Gegenleistung des Bürgers in "unmittelbarem" sachlichem Zusammenhang mit der betreffenden Hoheitsmaßnahme stehen

---

1) allerdings wird die entschädigungspflichtige Behörde entsprechend § 93 Abs.3 S.1 BBauG hierbei den Entschädigungsbetrag um den Vermögensvorteil mindern dürfen, der dem Grundstückseigentümer durch die Genehmigung einer 3-geschossigen Bauweise erwachsen ist

- und die Behörde, "- unabhängig von der Koppelungsfrage - befugt sein, die konkrete Gegenleistung zu verlangen".
- Darüber hinaus kann sich die Behörde die vertragliche Gegenleistung des Bürgers nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen versprechen lassen, die ihr die Befugnis zur einseitigen Abforderung der vom Bürger zu erbringenden Leistung gäben.

Die vier Sicherungen in § 42 E genügen dagegen nicht für den Ausschluß sachwidriger Koppelungen. § 42 E bewirkt eher das Gegenteil: Gerade wegen seiner geringen Wirksamkeit könnten sachwidrige Koppelungen zur Regel werden und beim Verwaltungsvertrag ihre generelle gesetzliche Sanktion in dieser Vorschrift finden. So verstößt die Regelung des § 42 E gegen den von Willigmann mit Recht betonten Grundsatz, daß Koppelungen von Hoheitsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Bürgers grundsätzlich sachwidrig und unzulässig sind, daß ihre ausnahmsweise Berechtigung in jedem Einzelfall nachzuweisen ist und die Vermutung stets gegen die Zulässigkeit von Koppelungen überhaupt spricht[1].

c) Austauschverträge praeter legem

Bei Verträgen praeter legem steht für den Bürger die Möglichkeit einseitiger hoheitlicher Regelung desselben Sachverhalts nicht drohend im Hintergrund. Hier kann dem Prinzip "volenti non fit iniuria" mehr Raum gegeben werden. Die Begrenzung der Gegenleistung des Bürgers durch § 42 Abs.1 E erscheint hier ausreichend. Die Behörde ist, will sie einen Sachverhalt praeter legem regeln, auf die Mitwirkung des Bürgers angewiesen, und so steht ihrem vertragsforderndem Austauschinteresse die Einwilligung des Bürgers als ausreichendes Gegengewicht gegenüber. Bei einer vertraglichen Einigung kann man hier in aller Regel davon ausgehen, daß die im Bereich praeter legem vorhandene Koordination der Parteien in gleicher Weise wie im Zivilrecht ein Aequivalent von vertraglicher Leistung und Gegenleistung bewirkt, und daß der Vertrag ohne den Einfluß eines Abhängigkeitsgefühls des Bürgers von einer konkreten Hoheitsmaßnahme zustande kommt.

1) Willigmann S.229/230

4. Zusammenfassung

Die hier gewonnenen Ergebnisse sollen am Beispiel eines Garagenbaudispensvertrags, wie er unter der Geltung der Reichsgaragenordnung häufig abgeschlossen wurde, noch einmal zusammengefasst dargestellt werden.

§ 2 Abs.1 RGaO verpflichtet Bauherren, für die vorhandenen und zu erwartenden Kraftfahrzeuge Einstellplätze in geeigneter Größe, Lage und Beschaffenheit auf dem Baugrundstück oder in seiner Nähe zu schaffen. § 2 Abs.2 RGaO verpflichtet darüber hinaus die Träger solcher Bauvorhaben, nach deren Durchführung voraussichtlich ein erheblicher Zu- und Abgangsverkehr entstehen wird (z.B.Restaurants, Kaufhäuser), Einstellplätze auch für die nach Art des Betriebs gleichzeitig anwesenden Kraftfahrzeuge der Benutzer und Besucher zu schaffen, soweit es die hiernach zu erwartenden Verkehrsverhältnisse fordern. Nach § 58 Abs.2 RGaO "kann" von den zwingenden Vorschriften der RGaO Befreiung erteilt werden, "wenn die öffentlichen Belange die Abweichung erfordern oder wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfalle zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde, die Abweichung mit öffentlichen Belangen vereinbar ist und keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligter mit sich bringt".

Dementsprechend will ein Bauherr von seiner Garagenbaupflicht befreit werden[1] und schließt deshalb mit der Gemeinde einen sog. Ablösevertrag[2]: Die Gemeinde verpflichtet sich, den Bauherrn von seiner Verpflichtung zur Beschaffung von Einstellplätzen zu befreien. Der Bauherr verpflichtet sich dafür zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrags an die Gemeinde; dieser ist zweckgebunden und "soll" von der Gemeinde zur Herstellung von öffentlichen Parkplätzen oder sonstigen Ab-

1) aus welchen Gründen kann dahinstehen. Oft war es den Bauherrn objektiv unmöglich (insbes.bei Umbauten), oft passte es aber auch nicht in ihre baulichen Wünsche oder geschäftlichen Interessen. Allerdings bestand bei objektiver Unmöglichkeit die Garagenbaupflicht des § 2 RGaO gar nicht(vgl.VGH Kassel,DVBl. 1963,821), was die Verwaltung jedoch nicht immer hinderte, dennoch Dispensverträge abzuschließen.

2) er entspricht in etwa einem für die Praxis entwickelten Vertragsmuster, nachzulesen bei Kleffner S.134

stellmöglichkeiten für Kraftfahrzeuge verwendet werden; ein Sondernutzungsrecht an diesen öffentlichen Abstellplätzen soll dem Bauherrn aus dem Vertrag aber nicht erwachsen.

Solche Ablöseverträge sind keine benannten Verträge, die RGaO enthält keine ausdrückliche Ermächtigung zu ihrem Abschluß. Sie sind auch keine ö.r.Verträge praeter legem; der Sachverhalt, den sie regeln, ist an sich durch die RGaO geregelt. Es handelt sich vielmehr um (echte) subordinationsrechtliche Austauschverträge im Bereich von Ermessensvorschriften: Die im Gesetz (§ 58 Abs.2 RGaO) vorgesehene Möglichkeit einer Befreiung von der Garagenbaupflicht durch einseitigen hoheitlichen Dispens (VA) nach - allerdings gebundenem - Ermessen der Baugenehmigungsbehörde wird beiseite geschoben und durch eine vertragliche Regelung ersetzt[1].

a)Nach der hier vertretenen Auffassung sind solche Verträge unzulässig. § 58 Abs.2 RGaO räumt nur der Baugenehmigungsbehörde ein Ermessen ein, ermächtigt sie aber nicht, den einzelnen an der Entscheidung über das "ob" und "wie" des Baudispenses mitzubeteiligen.
Kleffner meint hingegen, das Bereitstellen von Geldmitteln in einem Ablösevertrag sei unter allen denkbaren Mitteln zur Beschaffung von öffentlichen Parkplätzen sachlich das geeignetste[2]. Das mag zwar vom Standpunkt der Verwaltungspraxis aus i.d.R. zutreffen, geht jedoch am Gesetz vorbei und ignoriert, daß § 58 Abs.2 RGaO den Baudispens in keiner Weise von einer pekuniären Gegenleistung des Bauherrn abhängig macht. Hier findet sich auch der eigentliche Grund für die Wahl der Vertragsform. Würde der Baudispens durch VA erteilt mit der Auflage an den Bauherrn, die Ablösesumme zu zahlen. so führte dies an sich zum gleichen Ziel und die Verwaltung wäre nicht einmal vertraglich gebunden. Jedoch wäre ein solcher Hoheitsakt allzu offensichtlich unvereinbar mit der Ermächtigung des § 58 Abs.2 RGaO, die nur eine Freistellung von der öffentlich-rechtlichen Pflicht

1)zur Rechtsprechung über diese Verwaltungspraxis vgl. BGH, zwei Urteile in MDR 1961, S.580 und 581, Nr.21 und 22 mit Anm.v.Böttticher S.754;VGH Kassel,DVBl.1963,821 mit Anm.v. Schneider S.823
2)a.a.O.S.64

zur Schaffung privater Einstellplätze vorsieht, während die Verwaltung diese Ermächtigung im Ergebnis zum Dispens von der Schaffung öffentlicher Einstellplätze handhabt. Unter Mißbrauch der in § 58 Abs.2 RGaO enthaltenen Ermächtigung wird so der Bürger zur Erfüllung einer ausschließlich der Verwaltung obliegenden öffentlichen Daseinsvorsorgeaufgabe mit herangezogen. Eine dem Baudispens beigefügte Auflage verstieße gegen das Verbot, eine Auflage zur Durchsetzung sachfremder oder auf gesetzlichem Wege nicht erreichbarer Zwecke zu mißbrauchen[1]. Mit der Vertragsform erreicht die Verwaltung dasselbe Ziel, und sie ermöglicht ihr dazu noch den Hinweis auf "volenti non fit iniuria". Wie sehr sich die Verwaltung durch dieses Rechtsprinzip zur Handhabung des Ablösevertrages entgegen der Dispensermächtigung des § 58 Abs.2 RGaO legitimiert glaubt macht Kleffners Hinweis deutlich, es sei "in rechtlicher Hinsicht entscheidend", daß das Vertragsangebot vom Bauherrn und nicht von der Baugenehmigungsbehörde ausgehe; die Forderung nach Abschluß eines Ablösevertrags dürfe "nicht als Voraussetzung für die Möglichkeit zu einer Baugenehmigung hingestellt werden"[2].

b) Entgegen der hier vertretenen Auffassung geht der Entwurf von der Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge im Bereich von Ermessensvorschriften aus. Danach ist der Ablösevertrag prinzipiell zulässig. Nur galt es dann für die Verfasser des Entwurfs, in § 42 E das Problem sachwidriger Koppelungen von hoheitlichen Begünstigungen (Baudispens) mit wirtschaftlichen Gegenleistungen des Bürgers (Ablösesumme) zu lösen. Sie haben dabei auch erkannt, daß der Hinweis auf "volenti non fit iniuria" allein nicht genügt. Die in § 42 E zusätzlich eingebauten Sicherungen genügen aber nicht, die mögliche sachwidrige Koppelung der Vertragsleistungen in Austauschverträgen auszuschließen. Beim Ablösevertrag wird allenfalls die Höhe der Ablösesumme durch § 42 Abs.1 E auf ein angemessenes Maß gebracht. Lässt man aber - wie der Entwurf - irgend einen sachlichen Zusammenhang der Vertragsleistungen, auch einen nur mittelbaren,

1) Forsthoff a.a.O.S.209
2) Kleffner a.a.O.S.66

genügen, so wird damit die bisherige Verwaltungspraxis in der Handhabung der Ablöseverträge nur bestätigt.

c) Demgegenüber ist - die prinzipielle Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge im Ermessensbereich einmal unterstellt - mit Willigmann zu fordern, daß die Baugenehmigungsbehörde unabhängig von der Koppelungsfrage befugt sein muß, die Ablösesumme zu fordern; die Verpflichtung zur Zahlung der Ablösesumme müsste dem Bauherrn nach der RGaO sowieso obliegen und darf nicht erst durch die Koppelung neu geschaffen werden. Die RGaO macht jedoch in § 58 Abs.2 die Erteilung des Garagenbaudispenses nicht von der Zahlung einer Ablösesumme abhängig. Damit sind Ablöseverträge so, wie sie bisher abgeschlossen wurden, unzulässig.

Unterstellt man weiter, § 58 Abs.2 RGaO habe die Baugenehmigungsbehörde zur Freistellung von der Garagenbaupflicht gegen Zahlung einer Ablösesumme unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt, so wäre darüber hinaus für die Zulässigkeit von Ablöseverträgen noch zu fordern, daß sich die Baugenehmigungsbehörde die Ablösesumme nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen vom Bauherrn vertraglich versprechen lassen darf, die § 58 Abs.2 RGaO (in der gedachten Fassung) für die Koppelung des Dispenses mit der Ablösesumme bestimmt.

§ 3 Die Sicherung der Zulässigkeitsgrenzen durch § 45 E

I. Überblick über die Entwurfsregelung

1. Die Regelung der Nichtigkeit des ö.r.Vertrags steht in engstem Zusammenhang mit der Frage seiner Zulässigkeit[1]. An diesem grundsätzlichen Aspekt geht der Entwurf vorbei, wenn er in § 45 zwischen dem "Grundsatz der unbedingten Vertragsverbindlichkeit" und dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns einen Ausgleich schaffen will.[2] Dazu werden im Entwurf die für den VA (Z.1) und für den privatrechtlichen Vertrag (Z.5) geltenden Nichtigkeitsgründe entsprechend herangezogen; Verstöße gegen die besonderen Zulässigkeitserfordernisse des Vergleichs- und Austauschvertrags werden, wenn auch nur beschränkt, mit der Sanktion der Nichtigkeit bedroht (Z.3 und 4); ansonsten bleibt der rechtswidrige Vertrag in seiner Gültigkeit unberührt, wenn die Parteien von der Rechtswidrigkeit keine positive Kenntnis hatten (Z.2)[3]. Schon vorweg lässt sich feststellen, daß damit das allgemeine Zulässigkeitserfordernis des § 40 Abs.1 E ("soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen") nahezu bedeutungslos geworden und der Vertrag contra legem weitgehend anerkannt ist.

2. Selbst im Vergleich zum rechtswidrigen, d.h. anfechtbaren[4] VA genießt der ö.r.Vertrag einen größeren Bestandsschutz, wie die nähere Betrachtung der abschließend normierten[5] Nichtigkeitsgründe in Z. 1-5 zeigt:

   Z.1 erklärt solche Verträge für nichtig, die im Sinn der Evidenztheorie[6] schwere und offenkundige Rechtsverstöße (Z.1 i.V.m. § 34 Abs.1 S.1 E) enthalten. Beispiele dafür gibt Z.1 i.V.m. § 34 Abs.2 E. Dagegen reicht die Fehlerhaftigkeit, die bei einem entsprechenden VA seine bloße Anfechtung zuließe,

---

1) Redecker a.a.O.S.548
2) Einzelbegr.S.199
3) Einzelbegr. S.200; zustimmend - soweit ersichtlich - nur Haueisen,NJW 1967,591 und Kottke S.76ff,79ff mit Einschränkungen
4) der Entwurf(§§34ff) versteht unter rechtswidrigem VA nur den anfechtbaren, nicht auch den nichtigen VA.Besser wäre es gewesen,die Rechtswidrigkeit(Fehlerhaftigkeit) zum Oberbegriff für Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des VAs zu nehmen
5) Einzelbegr.S.200; Menger-Erichsen,VwArch.Bd.58(1967) S.177
6) gegen die Anwendung der Evidenztheorie auf den ö.r.V. Kottke S.76f.

für die Unwirksamkeit des ö.r.Vertrags nicht aus[1]

Z.2 lässt zwar die bloße Fehlerhaftigkeit des ö.r.Vertrags für die Unwirksamkeit genügen, aber nur dann, wenn die Parteien bei Abschluß des Vertrags positive Kenntnis von seiner Rechtswidrigkeit hatten[2].Es wird sich aber i.d.R. nur sehr schwer nachweisen lassen, daß die Behörde und der vertragsbeteiligte Bürger[3] die Rechtswidrigkeit des Vertrags kannten[4].Man werfe nur einen Blick ins Strafrecht, das den Verbotsirrtum (Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer Straftat) schon dann für unbeachtlich erklärt, wenn er auch nur vermeidbar war. Von dem an einem ö.r.Vertrag beteiligten Bürger kann eine positive Kenntnis der dem Vertrag entgegenstehenden Rechtsvorschriften (insbesondere des öffentlichen Rechts) nur selten erwartet werden, weil hier das vertragswidrige objektive Recht - im Gegensatz zu den Straftatbeständen - in weit geringerem Maße bekannt ist. Die von Z.2 angesprochenen nicht evident rechtswidrigen Verträge werden daher - im Gegensatz zum anfechtbaren VA - nur sehr selten unwirksam sein.
Damit begünstigt § 45 Z.2 E auch einseitig die am Vertrag beteiligte Behörde, die die Unkenntnis der einschlägigen Rechtsmaterie seitens des Bürgers regelmäßig voraussetzen und daher ihrerseits von der Einhaltung zwingender Rechtsvorschriften absehen könnte. Umgekehrt führt die Kenntnis des Bürgers von der Rechtswidrigkeit im Normalfall zur Nichtigkeit des ö.r.Vertrags, weil auch die Behörde seine Rechtswidrigkeit i.d.R. kennt.

Z.3 erweitert die Möglichkeiten zum Abschluß von Vergleichsverträgen[5]. Auch wenn die Parteien die Zulässigkeitsgrenzen

1)Redecker S.548 meint, Z.1 sei wenig praktisch, weil es sehr selten vorkomme, daß die Behörde in einem ö.r.V. die Verpflichtung zu einem VA übernehme. Abgesehen davon, daß dies nicht zutrifft, kommt es aber in Z.1 nur darauf an, ob die Vertragsverpflichtung der Behörde, als VA gedacht, i.S.d. Evidenztheorie bzw. des § 34 E nichtig wäre.

2)nicht erforderlich ist für Z.2 - entgegen der Ansicht der Verfasser - daß die Parteien in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken auf dem Umweg über den ö.r.V. einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollten (Einzelbegr.zu § 45 Z.2, S.201);Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolgs muß nicht gerade Absicht(Zweck des Handelns)der Parteien gewesen sein, vielmehr genügt positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit

3)Z.2 betrifft nur sog.Subordinationsverträge,vgl.§ 40 Abs.2 E

4)Haueisen,NJW 1967,591

5)kritisch hierzu auch Kottke S.96f.

des § 41 E unbeachtet lassen, so berührt dies dennoch nicht die Rechtsgültigkeit des Vergleichsvertrags, es sei denn daß die vertragliche Verpflichtung der Behörde, als VA gedacht, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers rechtswidrig ist. Umgekehrt reicht eine sonstige materielle Rechtswidrigkeit des Vergleichsvertrags ohne gleichzeitigen Verstoß gegen § 41 E für seine Unwirksamkeit nicht aus[1].

Z.4 versucht dagegen uneingeschränkt die Einhaltung der in § 42 E festgesetzten Inhaltsschranken des Austauschvertrags zu sichern. Daß dies nicht voll gelungen ist, wurde bereits bei der Erörterung des Austauschvertrags dargelegt[2].

Z.5 verweist schließlich noch auf die einzelnen Nichtigkeitsgründe des Bürgerlichen Gesetzbuchs wie z.B. §§ 105, 116-118, 125,248,306,134,138 zur entsprechenden Anwendung[3].

In allen übrigen Fällen beeinträchtigt die Rechtswidrigkeit des Vertrags oder eine vertragliche Verpflichtung, die für sich als VA rechtswidrig wäre, die Gültigkeit des ö.r.Vertrags nicht[4]. Dem rechtswidrigen ö.r.Vertrag wird so im Vergleich zum VA ein stärkerer Rechtsbestand vor der Rechtsordnung eingeräumt, sieht man einmal von dem praktisch wenig bedeutsamen "bewussten" Rechtsverstoß in Z.2 ab. Der rechtswidrige VA ist anfechtbar, der rechtswidrige ö.r.Vertrag dagegen grundsätzlich gültig, und zwar teilweise selbst dann, wenn er unter Verstoß gegen die §§ 40ff.E zustande gekommen ist.

II. Der rechtswidrige Vertrag

1. Bestandsaufnahme

In der Rechtslehre ist umstritten, ob dem rechtswidrigen ö.r. Vertrag in gleicher Weise wie dem rechtswidrigen (nicht nichtigen) VA eine Bestandskraft zukommt. Die herrschende Meinung erklärt jeden gegen eine Rechtsvorschrift verstoßenden ö.r. Vertrag für unwirksam und lehnt hier eine dem VA entsprechende Bestandskraft ab[5]. Eine Mindermeinung, darunter besonders auch die Anhänger der sog. Normvollzugstheorie, will die

1) er kann natürlich auch gem. Z.1 oder 2 unwirksam sein
2) vgl.o.§ 2 III 3.,a),S.55f.; vgl.dazu auch Kottke S.97f.
3) Z.1 des § 45 erfasst i.V.m. § 34 Z.4-6 nur die Fälle, wo die Vertragspflicht "der Behörde" gegen die genannten Normen verstößt
4) Einzelbegr.zu § 45 S.1,S.200
5) Apelt I S.215;Salzwedel S.107f;Imboden S.97ff;Haueisen,NJW 1963,1332;BVerwGE 4,111; VG Freiburg,JZ 1951,788

Bestandskraft des VAs auf den ö.r.Vertrag übertragen und zieht dazu einerseits zugunsten der Verwaltung die für den VA geltende Zweiteilung der Fehlerfolgen am Maßstab der Evidenztheorie in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (Grundsatz der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens), andererseits zugunsten des vertragsbeteiligten Bürgers die allgemeinen Regeln über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender VAe (Vertrauensgrundsatz) entsprechend heran[1].

Zu ihrer Rechtfertigung tragen die Anhänger der Mindermeinung vor, die Grundsätze des Zivilrechts - Unwirksamkeit des rechtswidrigen Vertrags - seien für ö.r.Verträge zwischen der Verwaltung und dem Bürger nicht angemessen, weil es sich hier im Grunde um zwei ungleiche Rechtssubjekte handle[2]. Der Bürger vertraue ebenso wie beim begünstigenden VA auf die Gültigkeit des Konsenses, sodaß er auch hier eines Vertrauensschutzes bedürfe[3]. Beim bloß rechtswidrigen Vertrag ersetze das im Vertragsabschluß manifestierte Einverständnis des Bürgers sein sonst bei VAen eröffnetes Anfechtungsrecht. Das staatliche Interesse an Rechtssicherheit sei bei einem ö.r. Vertrag nicht geringer als beim VA, außer wenn er i.S.d. Evidenztheorie offensichtlich rechtswidrig sei[4]. Räume man dem ö.r.Vertrag nicht in gleicher Weise wie dem VA einen Rechtsbestand bis zur Grenze der Nichtigkeit bzw. der offensichtlichen Rechtswidrigkeit ein, so sei er nicht unmittelbar vollziehbar und so "ein für Verwaltungszwecke völlig untaugliches Mittel", weil er dann jederzeit der gerichtlichen Kontrolle unterliege[5].

2. Aus einem ganz anderen Blickwinkel sahen die Verfasser des Entwurfs das Problem. Sie gingen von dem allgemeinen Rechtssatz "pacta sunt servanda" aus und glaubten, er bewirke für den ö.r.Vertrag einen weit größeren Bestandsschutz, als er dem (anfechtbaren) VA zukomme, weil der ö.r.Vertrag bis auf die allgemeinen Nichtigkeitsgründe in jedem Fall Bindungs-

1) Stein S.330f;Martens S.459ff,465f;Kottke S.76ff;neuerdings auch mit weiteren Differenzierungen Haueisen,NJW 1967,590f.; einschränkend auf ö.r.V.e zwischen zwei Verwaltungsträgern W.Jellinek a.a.O.Festgabe S.107f.
2) Haueisen,NJW 1967,591
3) Kottke S.81;Pieper S.16
4) Stein S.330f.
5) Menger, VwArch.Bd.52(1961),S.199ff.

wirkung habe. Deshalb meinten sie, mit der Regelung in § 45 E einen Ausgleich zwischen dem "Grundsatz der unbedingten Vertragsverbindlichkeit" und dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns schaffen zu müssen[1]. Es stellt sich die Frage, warum die Verfasser des Entwurfs ohne Rücksicht auf die herrschende Meinung das Problem auf diese Ebene verschoben haben.

Einmal erklärt dies eine verfehlte Auslegung des § 134 BGB. Nach der Meinung der Verfasser bezieht sich diese Vorschrift nur auf ausdrückliche und auf ein bestimmtes Handeln gerichtete Verbote (formelle Vertragsverbote), sodaß ihre entsprechende Anwendung nur in seltenen Ausnahmefällen den Vorrang des Gesetzes vor der "unbedingten Vertragsverbindlichkeit" sichern konnte; insbesondere kann diese Vorschrift ihrer Meinung nach die Vertragsgrenze des § 40 Abs.1 E (entgegenstehende Rechtsvorschriften) nicht sichern. Eine solche Auslegung des § 134 BGB ist zu eng; "vielmehr ist grundsätzlich jede Norm, die zwingend gelten will und keinen Raum für abweichende Gestaltung lässt, als Verbotsgesetz anzusehen"[2], denn der Parteiwille kann nur solche Rechtsfolgen herbeiführen, die die Rechtsordnung anerkennt. Ist damit § 134 BGB entgegen der Meinung der Verfasser durchaus die Sanktion gegen solche Verträge, die gegen zwingendes Recht verstoßen (dazu wäre auch § 40 Abs.1 E zu rechnen), so wollten dementgegen die Verfasser diese Sanktion für den ö.r.Vertrag erweitern und in § 45 E eine abschließende Ausnahmeregelung von § 134 BGB treffen[3]; damit räumt aber § 45 E der subjektiven Rechtsgestaltung durch ö.r.Vertrag im Verhältnis zur objektiven Rechtsordnung einen breiteren Spielraum ein als der durch zivilrechtlichen Vertrag.

Zum anderen haben die Verfasser des Entwurfs zu Unrecht den Rechtssatz "pacta sunt servanda" dem "Grundsatz der unbedingten Vertragsverbindlichkeit" gleichgestellt und ihn mit der Regelung des § 45 E einzuschränken versucht. Der Rechtssatz "pacta sunt servanda" gilt nur für solche Verträge, die von der Rechtsordnung als zulässig und gültig anerkannt sind;

1)Einzelbegr.zu § 45 S.1,S.199f.
2)Staudinger § 134 Rdnr.2; a.A.aber z.B. Larenz I S.54f.
3)Einzelbegr. zu § 45 S.1, S.200

er ist nur Rechtsfolge, nicht aber selbst Gültigkeitsgrund des Vertrags[1]. Das verkennen die Verfasser des Entwurfs, wenn sie meinen, der Rechtssatz "pacta sunt servanda" lasse Verträge contra legem und anstelle des VAs zu und sei so selbst Zulässigkeitsgrund des ö.r.Vertrags.

Aus dieser verfehlten Sicht heraus stellte sich für sie das Problem wie folgt: Verstoßen ö.r.Verträge gegen die Zulässigkeitsschranken der §§ 40 Abs.1, 41 und 42 E, so sind sie an sich kraft des überragenden Prinzips der unbedingten Vertragsverbindlichkeit doch rechtswirksam. Für sie galt es daher nicht, dem rechtswidrigen ö.r.Vertrag ähnlich wie dem VA einen Bestandsschutz zu sichern, der dem Vertrag seiner Natur nach selbst immanent sei, sondern umgekehrt der Rechtswidrigkeit des (sonst gültigen) ö.r.Vertrags in bestimmten Fällen mit der Sanktion seiner Unwirksamkeit zu begegnen. Mit der in § 45 E getroffenen Regelung lösten sie das Problem im Ergebnis wie folgt: Verstöße gegen § 40 Abs.1 E lassen die Gültigkeit des Vertrags unberührt. Ein rechtswidriger koordinationsrechtlicher Vertrag ist nur in den Grenzen des § 45 Z.5 E unwirksam (§ 40 Abs.2 E), also - nach Ansicht der Verfasser - nur bei ausdrücklichen Vertragsverboten. Der subordinationsrechtliche Vertrag ist nur bei evidenter Rechtswidrigkeit (§ 45 Z.1 E) oder bewusstem Rechtsverstoß (§ 45 Z.2 E) unwirksam, darüber hinaus der subordinationsrechtliche Vergleichs- und Austauschvertrag nur bei Verstoß gegen die besonderen Zulässigkeitsschranken (§§ 45 Z.3+4 E) und auch hier nur in gewissen Grenzen (vgl. § 45 Z.3).

Diese Lösung ist im Ergebnis ebenso unglücklich gewählt wie die Problemstellung, von der sie ausging. Sie macht nicht nur die allgemeine Zulässigkeitsgrenzen des § 40 Abs.1 E wirkungslos, sie sichert auch dem ö.r.Vertrag bis auf die von § 45 E erfassten Einzelfälle einen Vorrang vor der Gesamtrechtsordnung und konkretisiert damit die Gefahr eines Einbruchs des ö.r.Vertrags in hoheitlich geregelte Ordnungen der Verwaltung, der Auflehnung des Vertrags gegen das Gesetz, und befreit die Verwaltung weitgehend von der Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG). Der Grundsatz der Gesetz-

1) so mit Recht Bullinger S.41 Anm.113 m.w.N.

mäßigkeit der Verwaltung muß zwar in seiner Abwehr rechtswidrigen Verwaltungshandelns nicht notwendig im Sinne der herrschenden Meinung zur strikten Negation rechtswidriger Verträge führen[1] und es ist ein berechtigtes Anliegen, auch rechtswidrigen ö.r.Verträgen in gewissen Grenzen Bestandskraft zu verschaffen. Doch ist der Rahmen, innerhalb dessen dies geschehen sollte, durch die beiden konträren Meinungen im Schrifttum[2] bereits genügend abgesteckt und die Verfasser des Entwurfs hätten gut daran getan, sich darin zu bewegen anstatt zwischen der Mindermeinung und einem (angeblichen) Grundsatz der unbedingten Vertragsverbindlichkeit, und dabei dem rechtswidrigen ö.r.Vertrag einen noch stärkeren Bestandsschutz zu sichern, als er dem rechtswidrigen VA und privatrechtlichen Vertrag zukommt.

Gegen die Gültigkeit rechtswidriger ö.r.Verträge lassen sich auch einige gewichtige Bedenken vortragen:
Für den rechtswidrigen VA stellt die geltende Verfahrensordnung Fristen bereit[3], bis zu deren Ablauf er angefochten werden kann, während nach der Entwurfsregelung der rechtswidrige ö.r.Vertrag - von den seltenen Fällen des bewussten Rechtsverstoßes abgesehen - von vornherein grundsätzlich gültig und aufsichtsbehördlicher sowie richterlicher Kontrolle[4] entzogen ist. Der für den VA entwickelte Bestandsschutz geht auch von ganz anderen Voraussetzungen aus: VAe sind einseitige autoritative Willenskundgaben der Staatsgewalt, die als solche allgemein zu beachten sind und eine Wirkungskraft entfalten derart, daß nicht wie bei privaten Willenserklärungen jeder Rechtsverstoß die Unwirksamkeit zur Folge hat. Diese Voraussetzungen entfallen, wenn an der öffentlichrechtlichen Regelung eines Sachverhalts durch Vertrag der

1) vgl.hierzu auch O.Bachof,VerfR I Teil 2 C 25 S.261f. in anderem Zusammenhang
2) nämlich Nichtigkeit des rechtswidrigen ö.r.Vertrags schlechthin(so die h.M.) oder ein dem VA ähnlicher Bestandsschutz (so die Mindermeinung)
3) Widerspruchsfrist, Anfechtungsklagefrist
4) Menger,VwArch.Bd.52(1961) S.211. Steins Behauptung(S.330f.), beim rechtswidrigen ö.r.V. ersetze das Einverständnis des vertragsschließenden Bürgers sein Anfechtungsrecht, das er beim VA habe, ist eine bloße Unterstellung und Verallgemeinerung des Rechtssatzes "volenti non fit iniuria". Das würde den Nachweis voraussetzen,daß der Bürger den Vertrag auch bei Kenntnis seiner Rechtswidrigkeit geschlossen hätte.

einzelne rechtsgestaltend mitwirkt[1]. U.a. auch aus diesem Grund muß ja bei der Rücknahme fehlerhafter begünstigender VAe der Vertrauensschutz des einzelnen hinter dem Grundsatz der Gesetz= und Rechtmäßigkeit der Verwaltung zurückstehen, wenn die Fehlerhaftigkeit des VAs auf einem Verschulden des von der Rücknahme Betroffenen beruht oder von ihm mitverur=sacht worden ist[2]. Schließlich belastet auch, anders als bei der Rücknahme fehlerhafter begünstigender VAe, die Unwirksam=keit des Vertrags nicht nur einseitig einen der Beteiligten, sondern beide Teile in etwa gleicher Weise.

Trotz alledem kann an dem Argument der Mindermeinung nicht vorbeigegangen werden, daß auch beim ö.r.Vertrag der betei=ligte Bürger ebenso auf die Gültigkeit des Vertragskonsenses vertraut wie auf die Gültigkeit eines ihn begünstigenden VAs, er somit in gewissen Grenzen eines Schutzes bedarf (Ver=trauensgrundsatz), und daß andererseits dem Prinzip der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens u.U. ein Vorrang vor dem Grundsatz der Gesetz= und Rechtmäßigkeit der Verwaltung zukommen kann. Eine positiv-gesetzliche Regelung der Be=standskraft des ö.r.Vertrags müsste sich aber in etwa folgen=den Grenzen halten:

- Beim ö.r.Vertrag zwischen zwei Verwaltungsträgern sollte nur das Prinzip der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zum Ausdruck kommen, beim ö.r.Vertrag zwischen einem Ho=heitsträger und einem einzelnen dagegen zusätzlich noch der Vertrauensgrundsatz. Schon von hier aus könnte bei einer künftigen Regelung eine Differenzierung getroffen werden.
- Die Bestandskraft des ö.r.Vertrags dürfte nicht - wie bei der vorliegenden Entwurfsregelung - seine Zulässigkeits=grenzen aushöhlen. Deshalb könnte die Bestandskraft des rechtswidrigen ö.r.Vertrags bei (unbewussten) Verstößen der Parteien gegen das formelle Recht weitgehend anerkannt wer=den, z.B. die eines ö.r.Vertrags, der von einer sachlich und örtlich unzuständigen Behörde abgeschlossen wurde. Sehr viel enger wäre dagegen die Bestandskraft des mate=riell rechtswidrigen ö.r.Vertrags zu begrenzen, um seine Zulässigkeitsgrenzen wirksam zu sichern und Verträge contra

1)ähnlich auch Löwer S.265 für den Prozeßvergleich
2)BVerwGE 8,261, 10,308; H.J.Wolff a.a.O.Bd.I § 53 III c,

legem weitgehend auszuschließen.
- Ein dritter Ansatzpunkt, den auch der Entwurfs aufgreift, wäre die Kenntnis oder Unkenntnis der Parteien oder einer Partei von der Rechtswidrigkeit des ö.r.Vertrags.

Zumindest bei materieller Rechtswidrigkeit des ö.r.Vertrags, insbesondere bei Verstößen gegen die §§ 40 Abs.1, 41 und 42E, sollte die Unwirksamkeit des Vertrags der Grundsatz und eine elastischere Gestaltung durch Anerkennung seiner Bestandskraft für bestimmte Fälle die Ausnahme bleiben im Gegensatz zur Entwurfsregelung, die umgekehrt vorgeht. Die Ausnahmeregelung müsste sich in engen Grenzen halten und dem ö.r.Vertrag Bestandskraft nur zuerkennen
- wenn die Unwirksamkeit des ö.r.Vertrags ausschließlich oder ganz überwiegend einen der beiden Vertragspartner belasten würde, insbesondere weil ein Teil seine Vertragsrechte bereits "ins Werk gesetzt" hat, der andere (schutzwürdige) Teil aber noch nicht, sodaß das bei Vertragsabschluß vorhandene Äquivalent der Vertragsleistungen schon nicht mehr vorhanden ist,
- wenn der belastete Vertragspartner die Rechtswidrigkeit des Vertragsabschlusses nicht erkennen konnte,
- bei ö.r.Verträgen zwischen zwei Verwaltungsträgern, wenn das überwiegende öffentliche Interesse die Aufrechterhaltung und Erfüllung des Vertrags erfordert.

Geht man bei der künftigen Regelung von der prinzipiellen Unwirksamkeit materiell rechtswidriger ö.r.Verträge aus, so bedarf es auch nicht eines Zurückgreifens auf die Evidenztheorie und für den VA entwickeltes Gedankengut. Damit würde sich auch eine Bezugnahme auf den VA wie in der vorhandenen Entwurfsregelung[1] erübrigen und ließe sich der Eindruck vermeiden, als ob der nach gesetzlichen Vorschriften zu erlassende VA durch eine vertragliche Regelung ersetzt werden könnte.

---

1)vgl. § 45 Z.1-3 E

III. Teilnichtigkeit des ö.r.Vertrags

Ein teilweise nichtiger ö.r.Vertrag ist nach § 45 S.2 E im ganzen nichtig, "wenn anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre".

Die Verfasser des Entwurfs wollten damit im Einklang mit der herrschenden Meinung[1] eine dem § 139 BGB entsprechende Regelung treffen, wonach ein teilweise nichtiger Vertrag im Zweifel im ganzen nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre[2]. Eine engere Anlehnung des § 45 S.2 E an den Wortlaut des § 139 BGB hätte dies deutlicher gemacht[3]. In § 45 S.2 E kommt nicht klar genug zum Ausdruck, daß die Teilnichtigkeit grundsätzlich, d.h. in Zweifelsfällen, die Nichtigkeit des ganzen Vertrags bewirkt, vielmehr liegt eine umgekehrte Auslegung näher: Der ö.r.Vertrag ist (nur ?!) im ganzen nichtig, "wenn anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre". Das in § 139 BGB deutlich zum Ausdruck kommende Regel-Ausnahme-Verhältnis könnte so entgegen dem Willen der Verfasser des Entwurfs auf den Kopf gestellt werden.

1) Art.51 EVRO und EVRO-Begr.S.186;Löwer S.267;Kottke S.91f.; BVerwGE 4,111 = DVBl.1957, 721 mit Anm.v.Forsthoff; a.A.Apelt I S.202f., wonach ein wegen Nichtigkeit einer vertraglichen Nebenbestimmung teilnichtiger ö.r.V. ohne Rücksicht auf den Parteiwillen immer im ganzen nichtig ist.
2) Einzelbegr.zu § 45 S.2, S.202
3) wie es z.B. auch Art.51 EVRO tut

§ 4 Die Rechtswirkungen unzulässiger ö.r.Verträge

Über die Rechtswirkungen unzulässiger ö.r.Verträge besagt der Entwurf nichts. Drei Möglichkeiten kommen in Betracht: Ein unzulässiger ö.r.Vertrag ist nichtig und hat keinerlei Rechtswirkungen; oder aber er ist zwar als ö.r. Vertrag nichtig, kann jedoch über § 48 S.2 E i.V.m. §§ 139,140 BGB als privatrechtlicher Vertrag oder als einseitige behördliche Verfügung Rechtsgeltung beanspruchen.

I. Fortexistenz als privatrechtlicher Vertrag

1. Eine weit verbreitete Meinung will einem unzulässigen ö.r. Vertrag nicht jede Rechtswirkung absprechen, sondern ihn u.U. als privatrechtlichen Vertrag aufrechterhalten[1]. Es handelt sich hier um eine Nachwirkung der Rechtsprechung des PrOVG[2], das Privatverträge mit und ohne öffentlich-rechtliche Wirkung unterschied und dabei in eigenartiger Weise Begriffs- und Zulässigkeitsfragen identifizierte: War ein Vertrag nach öffentlichem Recht ohne Wirkung, so war er "nur" Privatvertrag. Die öffentlich-rechtliche Wirkung sah man als eine bei Privatverträgen unter bestimmten Voraussetzungen hinzukommende besondere Eigenschaft an, öffentlich-rechtliche Vertragsrechte und pflichten galten nicht als ein aliud, sondern als ein maius zu den privatrechtlichen. So hat das PrOVG in ständiger Rechtsprechung z.B. die sog. Unternehmerverträge, die den Ermächtigungsrahmen des § 15 PrFluchtlG überschritten, zu privatrechtlichen Verträgen erklärt[3].

2. Entgegen dieser Rechtsprechung ist heute davon auszugehen, daß die Begriffe des Privatvertrags und des ö.r.Vertrags nicht unter- bzw. übereinander, sondern nebeneinander stehen, der eine kein bloßes minus bzw. maius des anderen, sondern ein aliud ist, wobei jedem Rechtsinstitut der ihm eigene Funktionenbereich innerhalb der Rechtsordnung zufällt. Dies folgt schon daraus, daß die Abgrenzung beider Vertragsarten

1) Goez S.159; Kormann S.30f.; Apelt I S.142; Salzwedel S.94; a.A. Fleiner S.212 Anm.94; Seidel S.36; Kottke S.109; vgl.auch Lerche S.70f.
2) EBd. 12,120, 79,225, 84,301
3) vgl.z.B. EBd. 86,142; dem folgt z.T. heute noch die Rechtsprechung, vgl. BGH, DÖV 1961,618; HessVGH, DVBl. 1955,507ff,508

von dem Gegenstand der Vertragsregelung auszugehen hat. Aus der Einheit der Rechtsordnung, die in sich keine Widersprüche tragen darf, folgt weiter: Wenn die Rechtsordnung einen Akt der Rechtserzeugung als unzulässig abweist, die Rechtsverbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts ablehnt, so geschieht dies nicht beschränkt auf den öffentlich-rechtlichen Bereich, d.h. das Privatrecht kann nicht anerkennen, was das öffentliche Recht verbietet. Auch die Verfasser des Entwurfs wollten mit ihrem begrenzten Abgrenzungsversuch von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag in § 40 Abs.1 E der Gefahr vorbeugen, daß ein unwirksamer oder unzulässiger Vertrag "als Privatvertrag ausgegeben wird, um seine Rechtsbeständigkeit zu retten"[1]. Dem ist um so mehr zuzustimmen, als die heute noch fortwirkende Rechtsprechung des PrOVG ihren Ursprung in der längst überwundenen Fiskustheorie hat. Diese hatte sich nach dem Wegfall der gerichtlichen Kontrolle über die absolutistische landesherrliche Gewalt herausgebildet und diente der Auffüllung der so entstandenen breiten Lücke im Rechtsschutz des Bürgers. Der Fiskus wurde als eigene Rechtsperson konstruiert, in der der Herrscher als Privater auftrete und die als solche Träger vermögensrechtlicher Rechte und Pflichten sei. Zwar hatte der einzelne weiterhin keinerlei Rechtsschutz gegen Hoheitsakte der Verwaltung, doch gab ihm die Fiskustheorie dafür wenigstens insoweit Ersatz, als er gegen die Verwaltung in der Person des Fiskus wenigstens vermögenswerte Rechte und Pflichten geltend machen konnte ("dulde und liquidiere"). Damit erklärt sich auch das Über- und Untereinanderstellen von öffentlichem und privatem Recht in der Rechtsprechung des PrOVG: War der Vertrag als öffentlich-rechtlicher unwirksam, so blieb beim Wegfall seiner öffentlich-rechtlichen Wirkung doch wenigstens ein justiziabler privatrechtlicher Vertrag übrig. Als reine Zweckschöpfung der Rechtswissenschaft wurde die Fiskustheorie mit zunehmendem Ausbau der Verwaltungsrechtspflege in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts entbehrlicher und auch in der Rechtswissenschaft als überholt erkannt[2]. Grundsätzlich

1) Einzelbegr.S.188
2) eine Abkehr von der Fiskustheorie brachte insbesondere RGZ 92,310

kann somit heute ein unzulässiger ö.r.Vertrag nicht in einen privatrechtlichen Vertrag umgedeutet werden; das Rechtsschutzinteresse des einzelnen bietet keinerlei Anlaß mehr dafür, ein nichtiges öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft in den privatrechtlichen Bereich zu rücken und seine Rechtsgültigkeit nach den dort geltenden Regeln der Privatautonomie anzuerkennen.

3. Doch schließt dies die Möglichkeit der Umdeutung nicht aus. Sie erscheint in den folgenden Grenzen angebracht:

Ist ein von den Parteien als ö.r.Vertrag geschlossenes Rechtsgeschäft nach öffentlichem Recht unzulässig, erweist es sich aber zugleich auch als Privatvertrag, so kann es in einen solchen umgedeutet werden. Verzichtet z.B. eine Gemeinde in einer Vereinbarung mit einem Bauunternehmer auf die Erhebung seiner rückständigen (bislang gestundeten) Gewerbesteuerschuld und verpflichtet sich dieser dafür zum Bau einer Quellfassung für die Gemeinde, so ist ein solcher ö.r.Vertrag nach allgemeiner Meinung unzulässig[1]. Doch lässt sich die Vereinbarung in einen privatrechtlichen Werkvertrag umdeuten, wobei der Werklohn nach der veranlagten rückständigen Gewerbesteuerschuld zu bemessen ist.

Weiter sind Vertragsfälle denkbar, wo mit dem Wegfall eines öffentlich-rechtlichen Vertragselements der übrige Vertragsinhalt seine spezifisch öffentlich-rechtliche Natur mitverliert, der Vertrag jedoch als privatrechtlicher aufrechterhalten werden kann, weil die Aequivalenz der Vertragsleistungen nicht wesentlich verändert ist. Das ist z.B. der Fall,

1) Steuervereinbarungen verstoßen in aller Regel gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und sind als solche nichtig, vgl. BVerwGE 8,329; BaWüVGH, ESVGH 14,66; Paulik a.a.O. m.w.N. aus der Rechtsprechung der Finanzgerichte; Kottke S.23ff.,2., m.w.N.- Obgleich die Unzulässigkeit von Steuervereinbarungen unbestritten ist, setzt sich die Verwaltungspraxis selbst hierüber hinweg. So erlaubt z.B. eine im Verwaltungswege bekanntgegebene Mustersteuerordnung zur Getränkesteuer (vgl. dort § 8) den Gemeinden, Vereinbarungen mit den Steuerpflichtigen über die zu entrichtende Getränkesteuer zu treffen. Auch in den den steuerlichen Betriebsprüfungen folgenden Schlußbesprechungen sind Tatsachen- und Rechtsvergleiche alltägliche Mittel der Steuerverwaltungspraxis geworden.

wenn nach Einleitung eines Enteignungsverfahrens der von der Enteignung Bedrohte mit der Enteignungsbehörde einen Vertrag schließt, in dem letztere das Enteignungsobjekt gegen eine Geldsumme übereignet erhält und sie sich gleichzeitig zur Aufhebung des Enteignungsverfahrens verpflichtet[1]. Wird kurz danach das Enteignungsverfahren von der Aufsichtsbehörde als unstatthaft aufgehoben, so wird die vertragliche Verpflichtung der Behörde, das von ihr eingeleitete Enteignungsverfahren aufzuheben, gegenstandslos und der Vertrag entbehrt jetzt seines spezifisch öffentlich-rechtlichen Charakters. Er lässt sich aber in einen privatrechtlichen Kaufvertrag umdeuten, weil der restliche Teil der Vereinbarungen seine sämtlichen Elemente enthält[2]. Allerdings wird man hier vom Boden des Zivilrechts aus voraussetzen müssen, daß beide Parteien mit der Aufhebung des Enteignungsverfahrens bei Vertragsabschluß rechneten, die Geltung des Vertrags aber dennoch wollten oder wenigstens diese Möglichkeit bei Vertragsabschluß in Kauf nahmen.

Schließlich sind hier auch noch die gemischten Verträge zu nennen, bei denen der öffentlich-rechtliche Vertragsteil nach öffentlichem Recht unzulässig und damit unwirksam ist. Dann lässt sich u.U. der privatrechtliche Vertragsteil für sich selbst aufrechterhalten. Nach Kottkes Ansicht kommt hier keine Umdeutung in Betracht, weil es sich um Fälle der Teilnichtigkeit handle[3]. Das mag zutreffen, kann aber hier nicht näher untersucht werden, wo es nur um die Frage ging, ob ein nichtiger ö.r.Vertrag ganz oder teilweise als privatrechtlicher Vertrag fortexistieren kann. Mag man nun die angeführten drei Fallgruppen dem § 139 oder dem § 140 BGB unterstellen, in jedem Fall muß nach beiden Vorschriften die gänzliche oder teilweise Aufrechterhaltung des Vertrags als Privatvertrag dem Willen der beiden Parteien entsprechen.

4.Ergebnis

Eine Aufrechterhaltung unzulässiger ö.r.Verträge als Privat=

---

1)vgl.oben § 2 III 3.,a),S.55Anm.1
2)von der Form des § 313 BGB soll abgesehen werden.Ein Formmangel könnte aber in dem angegebenen Beispiel gem § 313 S.2 BGB geheilt sein.
3)a.a.O.S.110

verträge ist nach dem Entwurf gem. §§ 48 S.2 i.V.m. 139,140 BGB nur in engen Grenzen möglich, wenn

- der ö.r.Vertrag sich im Fall seiner Nichtigkeit überhaupt seinem Inhalt nach als Privatvertrag ausgeben lässt,
- hierdurch das in den beiderseitigen Vertragsleistungen liegende Aequivalent nicht wesentlich gestört wird
- und wenn schließlich anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag auch bei Kenntnis seiner Nichtigkeit nach öffentlichem Recht dennoch abgeschlossen hätten.

Grundgedanke muß in jedem Fall bleiben, daß eine Partei nicht durchweg die Nichtigkeit des ö.r.Vertrags zum (u.U. sehr willkommenen) Anlaß nehmen darf, sich aus der Vertragsbindung zu lösen, vielmehr u.U. dem schutzwürdigen Vertrauen des anderen Teils dann Rechnung zu tragen ist, wenn der Vertrag als solcher aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich - der seine Gültigkeit negiert - heraus ohne wesentliche Veränderung seines Inhalts durch Umdeutung in den privatrechtlichen Bereich übertragen werden kann. Es bleibt zu hoffen, daß diese Möglichkeit bzw. die §§ 48 S.2 E i.V.m. 139,140 BGB nicht dazu mißbraucht werden, unzulässige ö.r.Verträge über diese Grenzen hinaus im Weg der Umdeutung auf den Boden des Privatrechts zu stellen und so seine öffentlich-rechtlichen Zulässigkeitsschranken zu unterlaufen.

II. Fortexistenz als einseitige Verfügung

Imboden will ungültige (subordinationsrechtliche) Verträge in öffentlich-rechtliche Verfügungen umdeuten[1]. Aus welchen Gründen solche Verträge ungültig sind kann dahinstehen. Bei den echten subordinationsrechtlichen Verträgen folgt die Ungültigkeit schon aus ihrer Unzulässigkeit; hier liegt die Umdeutung der behördlichen Vertragserklärung in den VA, den der ö.r.Vertrag ersetzen sollte, am nächsten. Bei den (zulässigen) Verträgen zwischen einer Behörde und einem Bürger auf Grund einer positiv-gesetzlichen Ermächtigung bietet sich die Umdeutung der behördlichen Vertragserklärung in einen ähnlichen gesetzlich vorgesehenen VA an. Bei den zulässigen ö.r.Verträgen zwischen

1) a.a.O.S.120,D. Unter subordinationsrechtlichen Verträgen versteht Imboden auch diejenigen zulässigen ö.r.V.e zwischen einer Behörde und einem einzelnen, die nach der hier vertretenen Auffassung eigentlich koordinationsrechtliche Verträge sind.

einer Behörde und einem einzelnen praeter legem schließlich verbietet sich die Umdeutung der behördlichen Vertragserklärung in einen VA von vornherein nur den Anhängern des sog.totalen Gesetzesvorbehalts[1].

Die Umdeutung der behördlichen Vertragserklärung in einen VA ist jedoch in allen diesen Fällen ausgeschlossen, weil den Parteien nicht unterstellt werden kann, sie hätten bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags beide die Geltung der behördlichen Erklärung als einseitige Verfügung gewollt (vgl.§ 140 BGB). Die Vertragspartner wollen gemeinsam Rechtswirkungen erzeugen und gehen davon in ihrem Rechtsverhalten zueinander aus; sie hätten wesentlich anders gehandelt, wenn sie gewusst hätten, daß der eine nur mehr der Adressat des rechtserheblichen Willensakts des anderen ist.
Aber auch wegen der für den Erlaß eines VAs vorgeschriebenen Form ist eine solche Umdeutung nicht möglich. Der ö.r.Vertrag ist nach § 43 E schriftlich abzuschließen. Bei einer Umdeutung der behördlichen Vertragserklärung in eine einseitige Verfügung fehlte die in § 30 E vorgeschriebene schriftliche Begründung sowie die vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung (vgl.§§ 58f. VwGO). Die Anfechtung des VAs ist zwar binnen Jahresfrist möglich; wird aber die Ungültigkeit des ö.r.Vertrags erst nach einem Jahr von den Parteien erkannt, so könnte die in einen VA umgedeutete behördliche Vertragserklärung von der anderen Partei nicht mehr durch Widerspruch und Anfechtungsklage angefochten werden. Die Umdeutung käme so mit der Rechtsschutzgarantie des Art.19 Abs.4 S.1 GG in Konflikt.

---

1) vgl.dazu in einzelnen Maunz-Dürig, GG-Komm. Art.20 Rdnr. 130ff, Anm.5

3.Teil - Einzelprobleme

§ 1 Entstehung des ö.r.Vertrags

I.Möglichkeiten des Zustandekommens

1.Einigung der Vertragsparteien

Normalerweise kommt der ö.r.Vertrag durch Einigung der Parteien (Angebot und Annahme) zustande, wie sie auch der bürgerlich-rechtliche Vertrag voraussetzt (§§ 145ff,151 BGB)[1]. Darüber hinaus müssen u.U. noch weitere rechtliche Voraussetzungen vorliegen, damit der vertragliche Rechtserzeugungsvorgang Rechtsgeltung erlangt, wie z.B. eine vom Gesetz vorgeschriebene aufsichtsbehördliche Genehmigung. Solchen bloß akzessorischen Elementen kommt selbst keine rechtserzeugende Kraft zu, sie sind vielmehr nur Rechtsbedingungen für die Gültigkeit des Vertragsabschlusses[2].

Auch der Entwurf geht in § 40 Abs.1 E von dem normalen Vorgang des Vertragsabschlusses ("durch Vertrag") als der Einigung der Parteien über den Vertragsinhalt durch Angebot und Annahme aus. Es sind aber noch weitere Möglichkeiten des Zustandekommens ö.r.Verträge zu bedenken (wie folgt unter 2., und 3.,).

2.Kontrahierungszwang

a)Folgt die beteiligte Behörde einer Kontrahierungspflicht, so verneint Imboden schon die begriffliche Möglichkeit eines ö.r.Vertrags: Es liege dann eine einseitige Verfügung vor; die Rechtsnorm, die die Kontrahierungspflicht festsetzt, sei als Rechtsgrundlage des VAs anzusehen[3]. Nun sind zwar Abschlußfreiheit und Freiheit der Partnerwahl wesentliche Vertragsmerkmale; andererseits muß es genügen, wenn diese Elemente der allgemeinen Vertragsfreiheit auch nur bei einem der Vertragspartner vorliegen, weil sonst von einem Vertrag begrifflich nicht mehr gesprochen werden kann. Folglich sind aber auch ö.r.Vertrag und Kontrahie=

1)Apelt I S.23ff,39f.; EVRO-Begr. S.180ff.zu Art.48
2)näheres dazu unten III.,S.87ff.
3)a.a.O.S.54,Nr.47

rungszwang nicht in jedem Fall miteinander unvereinbar[1]. Imboden kann nur gefolgt werden, wenn der "Vertrag" inhaltlich vornormiert und die Behörde gleichzeitig verpflichtet ist, das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis diesen Vorschriften entsprechend zum Entstehen zu bringen; in solchen Fällen wäre eine Mitwirkung des einzelnen allerdings nur noch als bloße Rechtsbedingung für die Entstehung der Rechtsbeziehungen denkbar, während die Rechtsbefugnis, den künftigen Beziehungen rechtliche Wirkung zu verleihen, allein der Behörde zustünde. Daneben sind aber Fälle denkbar, wo unter Beachtung der Abschlußpflicht eines der Beteiligten doch beide zusammen ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis schaffen, wenn z.B. eine Anstaltsbenutzung[2] einer monopolisierten öffentlichen Daseinsvorsorgeanstalt besonders ausgestaltet, etwa die Müllabfuhr aus einem Industriebetrieb zwischen diesem und der Gemeinde durch Vereinbarung abweichend von der Benutzungsordnung besonders geregelt wird.

b) Kontrahierungszwang bei benannten Verträgen

Stern nimmt in all den Fällen, wo eine positiv-gesetzliche Einzelermächtigung zum Abschluß ö.r.Verträge ermächtigt, eine Verpflichtung der beteiligten Behörde zum Vertragsabschluß an, sofern der einzelne sich bereit findet, die ihm im Rahmen der Gesetze obliegenden Leistungen zu erbringen[3]. Die gesetzlich eröffnete Möglichkeit zum Vertragsabschluß impliziert jedoch keine entsprechende Pflicht[4]. Das Gesetz kann zwar bei benannten Verträgen auch eine Abschlußpflicht statuieren, muß es aber nicht in jedem Fall tun und tut es auch sehr selten. Der Regelfall ist vielmehr der, daß das Gesetz den Beteiligten primär eine Einigung gestattet und erst für den Fall, daß sie nicht erzielt wird, die Möglichkeit einseitiger hoheitlicher Regelung eröffnet; besonders

1) ebenso Stern I S.143; Martens S.447; Forsthoff S.383; a.A. Löwer S.255 für den Prozeßvergleich
2) zu den Anstaltsbenutzungsverträgen vgl. Salzwedel S.217, 239ff; Imboden S.201ff; Kottke S.27f; zum Fernsprechanschlußverhältnis insbesondere vgl. Walther a.a.O.; OVG Münster, JZ 1959,672; OVG Berlin, DVBl.1964,832; BVerwGE 13,133
3) Stern I S.143
4) so mit Recht Bullinger a.a.O.S.48

deutlich ist dies im Enteignungsrecht. Das Gesetz lässt so erkennen, daß die Abschlußermächtigung nicht auch zum Vertragsabschluß zwingen will. Gegen Sterns Auffassung spricht auch, daß nicht jede positiv-gesetzliche Abschlußermächtigung notwendig eine Gegenleistung des Bürgers voraussetzt, mit deren Anbieten nach Stern die Kontrahierungspflicht entstehen soll (vgl. z.B. § 18 Abs.2 BBauG).

c) Der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum gab dem BVerwG Anlass für die Feststellung, daß auch die Wahl in der Rechtsform hoheitlichen Verwaltungshandelns begrenzt und hoheitliche Eingriffe erst gerechtfertigt seien, wenn das Verwaltungsziel im Weg vereinbarlicher Regelung unter angemessenen Bedingungen nicht erreicht werden könne[1].

Eine Verallgemeinerung dieser Aussage würde dem ö.r.Vertrag Tür und Tor öffnen; der Eingriffsakt wäre nur noch subsidiär zulässig, sofern die Vertragsleistungen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen[2]. Der vom BVerwG angesprochene Grundsatz muß vielmehr auf die benannten Verträge zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem einzelnen beschränkt bleiben, bei denen der Gesetzgeber erkennen lässt, daß hoheitliche Eingriffe im Verhältnis zu vereinbarlichen Regelungen zwischen den Beteiligten nur subsidiär zugelassen sind. Das ist besonders häufig bei den gütlichen Vereinbarungen zur Vereinfachung des Enteignungsverfahrens oder zur Regelung sonstiger Ersatzpflichten der öffentlichen Hand[3]. Hier ist die beteiligte Behörde verpflichtet, nach dem genannten Grundsatz ihre Hoheitsbefugnisse gegenüber dem Bürger nur subsidiär auszuüben und zuerst eine vertragliche Regelung unter Bedingungen zu versuchen, die nach dem Sinn und Zweck des zum Vertragsabschluß ermächtigenden Gesetzes angemessen erscheinen[4]. Der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum verdich-

1) BVerwGE 19,171
2) so auch z.B. BayVGH, BayVwBl.1962,284
3) vgl.§§ 18 Abs.2, 21 Abs.3 S.4, 40 Abs.5 und 6 BBauG; § 18 SchutzberG; §§ 37,44 LandbeschaffungsG
4) Forsthoff S.313; Lerche S.62; BVerwGE 19,171; a.A.Reusch S.54

tet sich dann umso mehr zu einer behördlichen Kontrahierungspflicht, je mehr der beteiligte Bürger eine Gegenleistung zu erbringen bereit ist, die in angemessenem Verhältnis zu der von ihm geforderten Gegenleistung steht.

3. Verlagerung des öffentlich-rechtlichen Rechtsbereichs

Nicht um einen Entstehungstatbestand des ö.r.Vertrags, sondern um eine Veränderung seiner Rechtsnatur von einem bürgerlich-rechtlichen zu einem ö.r.Vertrag handelt es sich in den Fällen, wo sich der öffentlich-rechtliche Rechtsbereich zugleich mit der Ausdehnung des öffentlichen Aufgabenbereichs ausgeweitet und dabei Verträge erfasst hat, die ursprünglich als privatrechtliche abgeschlossen wurden[1]. So wurden z.B. Ende des letzten Jahrhunderts mitunter Benutzungsverträge auf dem Gebiet des Wasser- Wege- oder Friedhofsrechts zwischen Gemeinden und ihren Bürgern abgeschlossen, ehe die Gemeinden die öffentliche Wasserversorgung, kommunale Straßen- und Wegeaufgaben oder das Bestattungswesen als öffentliche Aufgaben übernommen und dann durch Gemeindestatut öffentlich-rechtlich geregelt hatten. Zur Zeit des Vertragsabschlusses, auf einer früheren "Stufe der Rechtsentwicklung"[2] galten die Verträge als privatrechtliche; mit der Übernahme als öffentliche Verwaltungsaufgaben und der hoheitlichen Regelung der entsprechenden Verwaltungsbereiche wurde der Gegenstand der vertraglichen Regelung später in den öffentlich-rechtlichen Bereich gerückt[3].

II. Schriftform - § 43 E

Seit Apelt, der für den ö.r.Vertrag allgemein die Schriftform forderte, ist die Diskussion um die Formfreiheit ö.r.Verträge nicht mehr abgerissen. Das mag wundernehmen, da das Problem von nur sekundärer Bedeutung und mehr eine Frage der Zweckmäßigkeit zu sein scheint. Imboden nennt den Streit um die Schriftform sogar ein "Schulbeispiel eines wenig fruchtbaren Theoretisierens"[4]. Der Grund dafür liegt weniger in einer mangelnden

1) dazu Apelt I S.134f; Fleiner S.54ff; Buddeberg S.148f; BayVGH, DVBl.1952,628
2) Fleiner S.55
3) a.A. zu Unrecht BGH, DÖV 1966,209, der nicht auf den Gegenstand der Vertragsregelung abstellt, sondern auf den Parteiwillen (vgl.o. 1.Teil § 1 V 1., S.11f)
4) a.a.O.S.99

Unterscheidung zwischen der Vertragsform selbst und der Formbedürftigkeit der behördlichen Vertragserklärung, wie Imboden glaubt, als vielmehr darin, daß hier nicht zwischen den gesetzlichen Gegebenheiten und den Wünschen an den Gesetzgeber unterschieden und so das allgemeine Erfordernis der Schriftform für den ö.r.Vertrag mitunter beinahe gewaltsam konstruiert wurde.

So folgert Apelt aus der Tatsache, daß für behördliche Erklärungen häufig Schriftform vorgeschrieben ist, ein allgemeines gesetzliches Prinzip, daß der ö.r.Vertrag ebenso wie der VA der Schriftform bedürfe[1]. Die herrschende Meinung lässt dagegen den Abschluß ö.r.Verträge formlos zu, es sei denn, daß im Einzelfall die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben sei[2]. De lege lata geht die herrschende Meinung mit Recht von der grundsätzlichen Formfreiheit ö.r.Verträge aus. Apelts Ansicht, der VA bedürfe immer der Schriftform, trifft nicht zu; der Erlaß eines VAs ist mangels besonderer gesetzlicher Regelung formlos möglich[3]. Auch verstößt Apelts Schlußfolgerung von den zahlreichen gesetzlichen Formvorschriften auf ein allgemeines Formerfordernis ebenso gegen die Auslegungsprinzipien wie die Schlußfolgerung von den zahlreichen gesetzlichen Einzelermächtigungen auf die allgemeine Zulässigkeit ö.r.Verträge[4]. Vielmehr beweisen die einzelnen gesetzlichen Formvorschriften die grundsätzliche Formfreiheit des ö.r.Vertrags, sonst würden sie sich erübrigen.

Der Entwurf verlangt jetzt in § 43 den schriftlichen Abschluß ö.r.Verträge, soweit durch Rechtsvorschrift keine andere Form vorgeschrieben ist. Die Einführung der Schriftform für den ö.r. Vertrag erscheint richtig, da für sie (de lege ferenda) beachtliche Gründe sprechen:
Beim Vertrag zwischen zwei Verwaltungsträgern ist die Schriftform schon deshalb die Regel, weil der Geschäftsverkehr zwischen ihren Organen regelmäßig schriftlich vor sich geht. Aber auch sonst ist für ein rechtserhebliches Handeln der beteiligten Behörde im Bereich ihrer Willensbildung häufig Schriftform

1)Apelt I S.185ff;ihm folgen Jedlicka S.114 und Ruppert S.14
2)Seidel S.31f;Steffen S.52f;Beinhardt S.254;Merk S.911;Forsthoff S.269;OVG Münster,DÖV 1961,555
3)Forsthoff S.210ff;H.J.Wolff Bd.I § 50 II c S.330ff;ebenso auch der Entwurf in § 29
4)vgl.oben 2.Teil § 1 II 3.,S.29

vorgeschrieben, wie z.B. für Gemeinderatsbeschlüsse[1], sodaß es zweckmäßig erscheint, auch die Willenserklärung dieser Form zu unterwerfen.

Im Gegensatz zu den alltäglichen und zahlreichen Verträgen des Privatrechts besteht für den ö.r.Vertrag kein Bedürfnis, ihn möglichst rasch und formlos abschließen zu können[2]. Auch sind seine Rechtswirkungen nicht, wie beim bürgerlich-rechtlichen Vertrag und beim VA, so schnell und unmißverständlich erfassbar und es erscheint daher geboten, sie vor Abschluß des ö.r.Vertrags zu überdenken und genau festzulegen[3].

Anders als der bürgerlich-rechtliche Vertrag ist der ö.r.Vertrag meist für längere zeitliche Dauer abgeschlossen. Für den schriftlichen Abschluß sprechen daher Beweisgründe, zumal da bei längerer Vertragsdauer mit einem Wechsel der für die Behörde als deren Organ Bediensteten zu rechnen ist[4].

Mit der Schriftform ist auch das beim bürgerlich-rechtlichen Vertrag gestellte Problem faktischer Vertragsverhältnisse (Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten) für den ö.r. Vertrag ausgeräumt[5].

Schließlich erleichtert die Schriftform des ö.r.Vertrags auch seine Abgrenzung vom VA und sonstigen einseitigen verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäften; die letzteren werden regelmäßig nur von der Behörde unterzeichnet, der ö.r.Vertrag hingegen von beiden Beteiligten.

III. Die Zustimmung Dritter - § 44 E

1. Die Zustimmung privater Rechtssubjekte

Für solche ö.r.Verträge, die Rechte Dritter beeinträchtigen[6], verlangt die herrschende Meinung eine positiv-gesetzliche Ermächtigung[7]. Wird diese vertraglich konkretisiert, so hat der durch den Vertrag belastete Dritte den Eingriff in seine Rechte zu dulden, auch wenn er an dem Abschluß des Vertrags nicht beteiligt war. Der Eingriff in seine Rechts- und Freiheitssphäre ist durch die gesetzliche Ermächtigung gedeckt[8].

---

1) vgl.z.B. § 38 BaWüGO
2) Jedlicka S.114
3) Kottke S.70
4) Apelt I S.186; Kottke S.70
5) dazu Kottke S.67f.
6) zum ö.r.V. "zugunsten" Dritter vgl.Jaschkowitz S.352ff.
7) Salzwedel S.134ff; Wannagat, NJW 1961,1194f.
8) Wannagat, NJW 1961,1195 unter Hinweis auf BVerfGE 8,276

Für die Möglichkeit belastender Eingriffe in die Rechte Dritter durch ö.r.Vertrag hat Salzwedel einen zweiten Weg gewiesen: Solche Verträge sind dann gültig, wenn sie zwar ohne gesetzliche Ermächtigung abgeschlossen werden, der betroffene Dritte aber in den Vertragsabschluß (vorher) einwilligt oder ihn (nachher) genehmigt[1].

Der Entwurf folgt in § 44 der zweiten Lösung.

a)§ 44 E will jedoch nicht etwa die ö.r.Verträge mit belastender Drittwirkung bei Zustimmung des Dritten schlechthin für zulässig erklären. Auch die Zulässigkeit solcher Verträge richtet sich primär nach der Vorschrift des § 40 Abs. 1 E, während § 44 E nur ein weiteres Wirksamkeitserfordernis bei belastender Drittwirkung aufstellt. Das folgt schon aus seinem Wortlaut "...wird erst wirksam..."[2]; andernfalls hätte § 44 E formuliert werden müssen "...ist nur zulässig, wenn...".

b)§ 44 Abs.1 E 66 verlangt, daß der Dritte seine Zustimmung schriftlich erklärt. Der Vertrag selbst und die Zustimmung als seine Wirksamkeitsvoraussetzung werden so der gleichen Rechtsform unterworfen. Für die schriftliche Erklärung der Zustimmung sprechen die gleichen Gründe wie für die Schriftform des Vertrags selbst; es kann auf die früheren Ausführungen dazu verwiesen werden.

c)§ 44 E hat zunächst uneingeschränkte Bedeutung für die ö.r. Verträge praeter legem.

Bei den benannten Verträgen ist dagegen bereits zu differenzieren: Sieht die gesetzliche Abschlußermächtigung den Eingriff in die Rechte Dritter nicht vor, greift der Vertragsinhalt aber in die Rechte Dritter ein, so ist der Vertrag gleichfalls gem. § 44 E nur mit Zustimmung des Dritten wirksam. Hat eine positiv-gesetzliche Abschlußermächtigung jedoch den vertraglichen Eingriff in die Rechte Dritter unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, so gehen diese spezielleren Wirksamkeitsvoraussetzungen des ö.r. Vertrags den allgemeineren in § 44 E vor. Dazu ein Bei-

1)a.a.O.S.134ff.
2)daher war auch eine besondere Sanktion der Unwirksamkeit bei fehlender Zustimmung nicht mehr erforderlich

spiel: Nach Ansicht der Verfasser sind die sog. rechtsetzenden Vereinbarungen echte ö.r.Verträge, die auf Grund positiv-gesetzlicher Ermächtigung zulässig sind[1]. Nach § 44 E würde die Wirkung der vereinbarten Rechtsetzungsakte im Belieben der von ihnen Belasteten liegen und die vereinbarten Rechtsnormen könnten praktisch nicht konkretisiert werden.

Von besonderer Bedeutung ist § 44 E schließlich für diejenigen, die - wie die Verfasser des Entwurfs - ö.r.Verträge anstelle von VAen zulassen wollen und sich so mit der Problematik der gesetzlich vorgesehenen sog. VAe mit Doppelwirkung auch beim ö.r.Vertrag konfrontiert sehen. Enthält z.B. ein ö.r.Vertrag einen Baudispens, der die Rechte des Nachbarn berührt, so ist nach § 44 E der ö.r.Vertrag nur mit Zustimmung des Dritten (Nachbarn) wirksam, während u.U. ein einseitiger den Nachbarn belastender Baudispens (VA) zwar ohne seine Zustimmung zulässig wäre, er aber doch die Möglichkeit hätte, den VA anzufechten.
Daraus ergibt sich: § 44 E schafft dem Dritten letztlich einen (sehr wirksamen) Ersatz für seine fehlenden prozessualen Möglichkeiten (insbesondere Anfechtungsklage) gegenüber ihn belastenden ö.r.Verträgen. Streitigkeiten zwischen ihm und den Vertragsparteien können daher allenfalls noch darüber entstehen, ob der ö.r.Vertrag überhaupt seine Rechte berührt bzw. seiner Zustimmung bedarf, und falls er dem Vertrag gem. § 44 E zugestimmt hatte, ob ihn belastende Eingriffe überhaupt vertragsgemäß bzw. von seiner Zustimmung gedeckt sind.
Liegen diese Voraussetzungen des § 44 E aber vor, so hat der Dritte kein Anfechtungsrecht gegen vertragserfüllende VAe. Ohne die Regelung des § 44 E könnte der Dritte gegen solche VAe Widerspruch und Anfechtungsklage erheben; die Behörde sähe sich dann u.U. sogar zur Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs.2 Z.4 VwGO gezwungen, will sie sich den Vorwurf vertragswidrigen Verhaltens seitens ihres Vertragspartners ersparen. § 44 E nimmt ihr eine solche

1) Einzelbegr.zu § 40 Abs.1, S.194; zu den rechtsetzenden Vereinbarungen vgl. Walz a.a.O.;Jedlicka S.36ff;Husserl S. 27ff,2.,;H.J.Wolff Bd.I § 25 X S.124f.;Lehmann S.18

Entscheidung ab, überträgt die Initiative zu prozessualem Vorgehen auf den Dritten und macht zum Streitgegenstand die Wirksamkeit des Vertrags anstelle der VAe, die zu seiner Erfüllung ergehen. Damit erspart § 44 E der vertragsbeteiligten Behörde auch den Konflikt zwischen einem sonst möglichen, den VA aufhebenden Gerichtsurteil und ihrer Vertragsbindung.

2. Die behördliche Zustimmung - zu § 44 Abs.2 E 66

§ 44 Abs.2 E 66 fordert eine schriftliche behördliche Zustimmung[1] für solche ö.r.Verträge, die anstelle eines VAs geschlossen werden, zu dessen Erlaß die Zustimmung einer anderen als der vertragsschließenden Behörde erforderlich wäre.

a) Geht man von der hier vertretenen Ansicht über die Zulässigkeit des ö.r.Vertrags aus, so kann diese Formulierung nicht gebilligt werden. Sie sanktioniert deutlich genug die Möglichkeit ö.r.Verträge anstelle von VAen, die Austauschbarkeit beider Handlungsformen. Der Entwurf setzt sich damit abermals - wie schon in § 40 Abs.2 - in Widerspruch zur herrschenden Meinung.

b) Mit der Bezugnahme auf den VA als Vertragsinhalt ist § 44 Abs.2 E 66 zu eng formuliert. Es sind auch Fälle denkbar, wo die mitwirkende Behörde zu sonstigen im Vertrag begründeten Rechten und Rechtspflichten zustimmen muß, die nicht gerade als VA zu qualifizieren sind.

c) Schließlich lässt die Formulierung des § 44 Abs.2 E 66 auch offen, ob nur der Abschluß oder auch die Änderung und Aufhebung des Vertrags der Zustimmung bedarf. Wird die rechtswirksame Begründung der vertraglichen Rechts- und Pflichtenlage an die Zustimmung gebunden, so muß dies auch für deren Änderung gelten, die ja einer (teilweisen) Aufhebung des Vertrags i.V.m. seinem (teilweisen) Neuabschluß gleichkommt jedenfalls insoweit, als der alte Vertrag geändert wird. Nur um der (teilweisen) Neubegründung vertraglicher Beziehungen, nicht um deren (teilweisen) Aufhebung willen bedarf der Abänderungsvertrag der Genehmigung. Die bloße

1) dazu Apelt I S.26f., 188ff., III; EVRO-Begr. S.185f., II; Imboden S.45ff., D.

Aufhebung des Vertrags oder eine hierauf abzielende Rechtshandlung wie z.B. die Irrtumsanfechtung bedarf dagegen als actus contrarius keiner Zustimmung, weil diese selbst kein rechtserzeugendes Vertragselement ist, sondern nur Rechtsbedingung für die Rechtsgeltung des Vertrags[1]. Eine Ausnahme mag dann gelten, wenn das Gesetz erkennbar nicht nur die Begründung (oder Änderung) der Vertragsrechte- und pflichten, sondern auch die Durchführung und Abwicklung des Vertrags an die Zustimmung der nicht vertragsbeteiligten Behörde bindet.

Der Entwurf sollte daher zum Ausdruck bringen, daß nicht nur der Vertragsabschluß, sondern auch die Vertragsänderung der Zustimmung der dritten Behörde bedarf, während Rechtshandlungen zum Zweck der Vertragsaufhebung grundsätzlich solcher Zustimmung nicht bedürfen.

3.Rechtsaufsicht

Baring hat vorgeschlagen, jeden ö.r.Vertrag, den eine Behörde der mittelbaren Staatsverwaltung abschließen will, an die vorherige Zustimmung der Aufsichtsbehörde zu binden[2]. Angesichts der aufsichtlichen Möglichkeiten der Rechtsaufsichtsbehörden erscheint eine solche Regelung überflüssig. Zweckmäßig wäre es aber, den vertragsschließenden Behörden der mittelbaren Staatsverwaltung die Vorlage ihrer Verträge an die Aufsichtsbehörde vorzuschreiben[3], damit die Kontrolle ihrer Rechtmäßigkeit durch die Aufsichtsbehörde im Zuge der allgemeinen Rechtsaufsicht gesichert ist.[4]

1)Apelt I S.26f,188ff,III;EVRO-Begr.S.185; a.A. im Ergebnis Beinhardt S.255;Forsthoff S.270; das PrOVGE 79,225 und 84,301 (ebenso Jedlicka S.104,III und Ruppert S.22,III) gaben der Genehmigung rechtsbegründende Kraft insoweit, als sie einen Privatvertrag zu einem ö.r.V. erheben konnte

2)Baring a.a.O.S.182, 5.,

3)wie es z.B. § 126 BaWüGO für eine bestimmte Art von Verträgen der Gemeinden tut

4)vgl. auch Bullinger a.a.O.S.49f., der von einer "Dunkelziffer bei den Verwaltungsverträgen" spricht

§ 2 Die Bindungswirkungen des ö.r.Vertrags

Die Bindungswirkungen des rechtswidrigen ö.r.Vertrags und die Grenzen seines Bestandsschutzes wurden bereits erörtert. Hier geht es um die Bindungswirkungen solcher ö.r. Verträge, die ohne Verstoß gegen Rechtsvorschriften und damit rechtsgültig abgeschlossen wurden[1].

I. Unterschiede in den Bindungswirkungen zwischen VA und Vertrag

Auch bei rechtswirksam abgeschlossenen ö.r.Verträgen bestehen Unterschiede zum VA in den Bindungswirkungen. Der VA ist ein einseitiger Akt der Rechtserzeugung durch die Behörde, während die durch den Vertrag geschaffene Rechts- und Pflichtenlage auf dem Willen beider Parteien beruht[2]. Es liegt daher nahe, daß auch der actus contrarius, die Beseitigung der Rechtsbeziehungen, in der Hand dessen liegt, der sie geschaffen hat. So geht der Widerruf oder die Rücknahme von VAen - soweit zulässig - immer einseitig von der Behörde aus. Die Änderung oder Beseitigung des ö.r.Vertrags setzt dagegen grundsätzlich einen weiteren Vertrag (Änderungs=Aufhebungsvertrag) voraus. Davon geht auch der Musterentwurf in § 40 Abs.1 E aus. Wenn daneben noch die einseitige Aufhebung des ö.r.Vertrags zugelassen wird, so ist das nicht etwa eine dem Widerruf von VAen entsprechende Befugnis[3], sondern ein Analogon zu der im Privatrecht vorgesehenen Möglichkeit der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen[4]. Daraus folgt, daß eine einseitige Vertragsauflösung nicht nur der vertragsbeteiligten Behörde, sondern bei Vorliegen eines zur Aufhebung berechtigenden Grundes jedem Vertragspartner zusteht.

Auch der Entwurf hat es mit Recht vermieden, die Bindung an rechtsgültige ö.r.Verträge entsprechend dem Widerruf von VAen zu regeln, und jedem der Vertragspartner ein grundsätzlich gleiches Kündigungsrecht eröffnet (vgl. § 46 E).

---

1) zur Bindung an einen verwaltungsgerichtlichen Vergleich kann hier nicht Stellung genommen werden; vgl. dazu Haueisen, NJW 1963, 1329; Löwer S.268ff; v.Zastrow a.a.O.

2) Fleiner S.214; Stern II S.276 rechnet den VA nicht einmal dem Willen der ihn erlassenden Behörde zu, sondern der Norm, von der er getragen sein müsse.

3) so aber Hans S.724; Peters S.155; v.Zastrow S.8f.; wie hier Salzwedel S.107; BVerwG, DÖV 1959, 706ff., 707/08

4) wie insbes. bei Miet=Pacht=Darlehens= und Auftragsverträgen, vgl. Palandt § 242 Anm.4 d

II. Begrenzung der Vertragsbindung bei Vertragsabschluß

1. Nebenabreden

Durch vertragliche Nebenabreden können die Parteien ihre Bindung an den Vertrag beschränken, insbesondere durch Befristung der Vertragsgeltung, durch auflösende oder aufschiebende Bedingung oder durch Vereinbarung eines einseitigen oder beiden Parteien zustehenden Kündigungsrechts für bestimmte Fälle[1].

2. Staatliche Genehmigung

Kommt ein ö.r.Vertrag mit staatlicher Genehmigung oder mit Zustimmung einer nicht vertragsbeteiligten dritten Behörde zustande, so wird die Vertragsbindung intensiviert. Die Änderung des Vertrags und ganz ausnahmsweise auch seine Aufhebung bedürfen dann nämlich ihrerseits der Zustimmung der Genehmigungsbehörde.

Die Vertragsbindung kann durch die vorgeschriebene Zustimmung dritter Behörden aber auch gelockert werden. So kann z.B. die Zustimmung die Vertragsdauer zeitlich begrenzen oder den Vertrag nur unter Auflagen an eine oder beide Parteien genehmigen. Hier zeigt sich, daß solchen Genehmigungen bzw. Zustimmungen selbst keine rechtserzeugende Kraft für das Vertragsverhältnis zukommt, sondern daß solche VAe[2] nur akzessorische Rechtsbedingungen für die Rechtsgeltung des abgeschlossenen Vertrags sind[3]. Daher werden auch die dem Genehmigungsakt beigefügten Modifizierungen selbst nicht Vertragsinhalt. Vielmehr schaffen diese VAe samt ihren Nebenbestimmungen öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien und der Genehmigungsbehörde, die von den Vertragsbeziehungen der Parteien zu trennen sind. Daher kann z.B. die

1) einschränkend Apelt I S.195f, der die Auflage als Nebenabrede des ö.r.V.s ablehnt, weil er sie als ausschließliche Nebenbestimmung von VAen ansieht, wo sie ihr eigenes Gepräge erhalten habe; die analoge Anwendung der Bedingungen schränkt er daher auch z.T. ein(S.196ff). A.A.mit Recht Jedlicka S.86,1.- Stein(a.a.O.S.328) will,ausgehend von der Normvollzugstheorie, vertragliche Nebenbestimmungen nur wie die mit dem VA verknüpften Bedingungen und Auflagen zulassen. Folgt man aber - wie hier - nicht der Normvollzugstheorie, so sind vertragliche Nebenabreden als Ausfluß der Vertragsfreiheit und soweit diese reicht zulässig.

2) Forsthoff S.260f;H.J.Wolff Bd.I § 48 II a 1.,S.319f.

3) vgl.die Ausführungen oben § 1 I 1., III 2.,c)

einer Genehmigung beigefügte Auflage von einer oder beiden Vertragsparteien angefochten werden, ohne daß der ö.r.Vertrag bei Erfolg der Anfechtungsklage in seinem Bestand berührt würde.

3. Zustimmung Dritter
Ist ein ö.r.Vertrag, durch den Rechte eines Dritten beeinträchtigt werden, mit dessen Zustimmung zustande gekommen (§ 44 E), so hat dies u.U. Bedeutung für die Vertragsbindung. Auch der auf die Änderung oder Aufhebung eines ö.r.Vertrags gerichtete Vertrag ist ein öffentlich-rechtlicher, vgl.§ 40 Abs.1 E. Beeinträchtigt ein Änderungs= oder Aufhebungsvertrag die Rechte des Dritter, so bedarf er gem. § 44 E wiederum seiner Zustimmung, wenn die Änderung oder Aufhebung eine weitergehende Beeinträchtigung seiner Rechte bewirkt als diejenige, der er bei Abschluß des Vertrags zugestimmt hatte.

III. Die Kündigung des ö.r.Vertrags - § 46 E

1. Ist die Bindung an einen ö.r.Vertrag weder durch die Parteien (durch vertragliche Nebenabreden) noch durch die Zustimmung einer nicht vertragsbeteiligten Behörde beschränkt, so ist sie an sich zeitlich und sachlich unbegrenzt. Doch sieht das bürgerliche Recht besonders für Dauerrechtsverhältnisse ein Kündigungsrecht vor. Eine entsprechende Möglichkeit ist auch für die Parteien eines ö.r.Vertrags unentbehrlich. Einerseits kann der am Vertrag beteiligte Bürger ähnlich wie im bürgerlichen Vertragsrecht ein dringendes rechtlich zu billigendes Interesse an der Vertragsaufhebung haben, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit Vertragsabschluß wesentlich zu seinen Ungunsten verändert haben. Andererseits kann eine zu starre Vertragsbindung die Verwaltung in der Erfüllung ihrer Aufgaben behindern und ihre Anpassungsfähigkeit an die wechselnden Bedürfnisse des täglichen Lebens beeinträchtigen; die Vertragsbindung kann so mit dem öffentlichen Interesse in Konflikt geraten.

2. Die clausula rebus sic stantibus
Die herrschende Meinung löst das Problem mit dem aus dem Privatrecht übernommenen Rechtsgedanken der clausula rebus sic stantibus.

a) Im bürgerlichen Recht stand ursprünglich jede vertragliche Beziehung unter dem Vorbehalt, daß die bei ihrer Begründung bestehenden Verhältnisse im wesentlichen gleich blieben, daß sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluß nicht grundlegend geändert haben derart, daß ein Festhalten am Vertrag für eine oder beide Parteien unzumutbar geworden ist (clausula rebus sic stantibus). Dieser Gedanke hat in das BGB nur in einzelnen Vorschriften Eingang gefunden, z. B. §§ 321,610,626,712,775 BGB. Die frühere Rechtsprechung des RG lehnte daher auch die Anwendung der clausula rebus sic stantibus als einen allgemeinen Rechtssatz im objektiven Vertragsrecht ab[1], verschaffte ihr dann aber doch über §§ 242 i.V.m. 626,723 BGB wieder Geltung[2]. Im Anschluß an Oertmanns Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage hat die clausula rebus sic stantibus heute in eng gezogenen Grenzen wieder ihren festen Standort im privaten Vertragsrecht gefunden[3]. Entscheidend sind aber heute subjektive Gesichtspunkte: Voraussetzung ist ein doppelseitiger Irrtum der Parteien über Vorhandensein- oder bleiben gewisser für den Vertrag grundlegender Umstände, die zwar nicht in den Vertragsinhalt aufgenommen, aber auch nicht bloßes Vertragsmotiv geblieben sind, deren Vorhandensein- oder bleiben vielmehr von einem oder beiden Vertragspartnern zu Vertragsbedingung gemacht worden wäre, wenn er ihr Vorliegen oder ihren Wegfall schon beim Vertragsabschluß gekannt hätte (sog.Fall der unentwickelten Bedingung)[4].

b) Für den ö.r.Vertrag gilt nach ganz herrschender Meinung die clausula rebus sic stantibus in weiterem Umfang als beim bürgerlich-rechtlichen Vertrag, nämlich in ihrer ursprünglichen objektivierten Bedeutung[5]. Daher wird auch nur sehr selten auf eine entsprechende Anwendung des privatrechtlichen Instituts des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen[6]. Allerdings betont die herr-

---

1) RGZ 50,257
2) RGZ 65,37; 78,424; 79,161
3) RGZ 103,329; Larenz, Geschäftsgrundlage
4) RGZ 141,217; BGH,NJW 1958,340; im einzelnen Lehmann S.271ff.
5) Apelt I S.217,III; Menger,VwArch.Bd.52(1961),210; OVG Münster,DÖV 1960,798; BVerwGE 25,299; a.A.noch Fleiner S.214; Speiser S.38; EVRO-Begr.S.187
6) so aber z.B.OVG Hamburg,VwRspr.Bd.9,155; vgl.Kottke S.125f.

schende Meinung mitunter zu einseitig das Verwaltungsinteresse an der Vertragsaufhebung und übergeht ein entsprechendes Interesse des vertragsbeteiligten Bürgers; vereinzelt will man sogar eine Loslösung vom Vertrag nur der beteiligten Behörde entsprechend den Regeln über den Widerruf von VAen zugestehen[1].

c) Im Einklang mit der herrschenden Meinung führt der Entwurf in § 46 S.1 die clausula rebus sic stantibus als Kündigungsgrund für den ö.r.Vertrag ein. Die clausula rebus sic stantibus kehrt hier in ihrer ursprünglichen weiteren Bedeutung wieder und nicht in den engen Grenzen der heutigen Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Es genügt nach § 46 S.1 eine grundlegende Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsabschluß mit der Folge, daß für einen (oder beide[2]) Vertragspartner ein Festhalten am Vertrag unzumutbar geworden ist[3]. Zugleich ist mit dieser Vorschrift auch die Kündigung entsprechend dem Widerruf von VAen ausgeschlossen[4], womit die durch den Vertrag geschaffene Parität der Vertragsparteien auch beim Kündigungsrecht gesichert ist.

3. Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus

a) Nach der einen Ansicht reicht ein wichtiges oder dringendes Interesse eines der Vertragspartner an der Vertragsaufhebung[5], nach der herrschenden Meinung nur das objektive Kriterium der Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag infolge wesentlicher Änderung der tatsächlichen Grundlagen, die für den Abschluß des Vertrags mitbestimmend waren[6]. Dabei wird die Unzumutbarkeit eines Festhaltens der beteiligten Behörde am Vertrag dann angenommen, wenn das öffentliche Interesse eine Loslösung vom Vertrag dringend erfor-

---

1) Peters S.154f; v.Zastrow S.8f.; Hans S.724,VII; a.A. Salzwedel S.107
2) selten, weil hier die einfachere Möglichkeit der vertraglichen Aufhebung besteht
3) a.A., soweit ersichtlich, nur Joseph a.a.O., der die clausula rebus sic stantibus bei ö.r.V.en noch enger begrenzen will
4) Rietdorf a.a.O.S.336
5) Apelt I S.217ff,221f; OVG Hamburg, MDR 1959,608f.,609 1., a.E.
6) Jedlicka S.125f.; Ruppert S.19f; BVerwGE 25,299ff.,302

dert[1]. Dem kann mit der Einschränkung zugestimmt werden, daß das öffentliche Interesse nur insoweit eine Loslösung vom Vertrag rechtfertigt, als es die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag indiziert. Dagegen reicht das öffentliche Interesse für sich allein nicht aus[2], sonst käme man über die clausula rebus sic stantibus zur "Durchsetzung einer objektiv-richtigen an Stelle einer subjektiv-willkürlichen Lösung"[3]. Zugleich bliebe damit das Kündigungsrecht einseitig auf die Behörde beschränkt, obgleich auch dem beteiligten Bürger ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar geworden sein kann.

Auch der Entwurf stellt in § 46 S.1 im Einklang mit der herrschenden Meinung auf das objektive Moment der Zumutbarkeit ab und nicht auf das dringende Interesse eines der Vertragspartner; die über den Parteien stehende Vertragsordnung soll nicht von einseitigen subjektiven Interessen abhängig sein. Mit Recht lässt § 46 S.1 E auch das öffentliche Interesse als Kündigungsgrund unbenannt; es ist dies zwar ein objektives Kriterium, aber es würde das Kündigungsrecht einseitig zugunsten der Behörde beschränken und könnte ihr einen Vorwand für die Durchsetzung ihrer eigenen Interessen geben. Durch das Merkmal der Unzumutbarkeit wird zugleich das Interesse des anderen Vertragspartners, der am Vertrag festhalten möchte, mitberücksichtigt und neben der Erwägung, ob sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben, auch noch eine Interessenabwägung nach objektiven Gesichtspunkten ermöglicht.

b)Kündigung nach § 46 S.2 E

Das Bild vertraglicher Parität der Parteien bis hin zu den Akten der Vertragsauflösung wird durch § 46 S.2 E allerdings gestört. Diese Vorschrift gibt der Behörde ein besonderes Kündigungsrecht zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl. Gegen diese Vorschrift haben Ule-Becker mit Recht einige Bedenken vorgetragen und

1)Steffen S.55;Rößler S.277;Forsthoff S.270;Merk S.912; BVerwGE 25,299ff,302ff
2)so aber OVG Münster,DÖV 1960,798ff,799 und ihm folgend Menger,VwArch Bd.52(1+61),210;OVG Saarland,JZ 1961,673
3)Imboden S.107f.,der dies mit Recht ablehnt

vorgeschlagen, sie zu streichen[1].

Bringt der Vertrag dem Gemeinwohl schwere Gefahren oder Nachteile, so ist der Behörde schon im Sinn des S.1 ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten. Als Sachwalterin des Gemeinwohls kann die Behörde dessen schwere Benachteiligung oder Gefährdung als einen Grund anführen, der ihr selbst ein Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Die Regelung des S.2 ist daher schon in S.1 inbegriffen und überflüssig.

S.2 vermittelt auch den Eindruck, als ob die Behörde zusätzliche einseitige Eingriffsrechte in den Vertrag hätte, besonders auch deshalb, weil sich § 46 S.2 E eng an den Wortlaut des § 38 Abs.2 Z.5 E anlehnt, wo der Widerruf fehlerfreier begünstigender VAe geregelt ist[2]. Ein solches rechtliches Überwiegen der Kündigungsmöglichkeiten für die Behörde besteht aber gar nicht; es ist nur rein faktisch vorhanden und darin begründet, daß die Behörde Allgemeininteressen und damit einen viel weitergespannten, für § 46 E maßgeblichen Interessenkreis vertritt,als es das Individualinteresse vermag. Die rechtliche Parität wird dadurch nicht in Frage gestellt, doch könnte § 46 S.2 diesen Eindruck erwecken.

Ule-Becker haben zwei Möglichkeiten vorgeschlagen: Entweder § 46 S.2 E ganz zu streichen oder wenigstens bei Vorliegen seiner Voraussetzungen auch dem einzelnen ein Kündigungsrecht zu geben. Die zweite Möglichkeit ist nicht realistisch, weil sich ein einzelner kaum je zum Sachwalter der Allgemeininteressen gegen seine eigenen Vertragsrechte hergeben wird. Lässt man S.2 stehen, so könnte dies auch in der Auslegung des S.1 Verwirrung stiften und bei einer Abgrenzung von S.1 und S.2 zu einer ungerechtfertigten Einengung des Anwendungsbereichs von S.1 führen. S.2 sollte deshalb besser ganz gestrichen werden.

c)Ursprüngliche Unzumutbarkeit

§ 46 S.1 gibt ein Kündigungsrecht nur dann, wenn sich die

1)Ule-Becker S.70ff;ebenso Redecker S.547f.,Kottke S.129f.,3,
2)Ule-Becker S.70

Verhältnisse "seit Abschluß" des Vertrags geändert haben und daher ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Diese Einschränkung trifft S.2 nicht; verstößt der Vertrag von Anfang an gegen das Gemeinwohl, so hat die Behörde auch hier ein Kündigungsrecht. Es wurde vorgeschlagen, S.2 zu streichen. Damit entsteht aber eine Lücke, d.h. die Behörde könnte den ö.r.Vertrag nicht kündigen, wenn er schon bei seinem Abschluß gegen das Gemeinwohl verstieß. Nach einem Vorschlag von Ule-Becker soll für diesen Fall eine eigene Regelung getroffen und ein solcher Vertrag für nichtig erklärt werden[1]. Dabei wäre aber auch das Interesse des beteiligten Bürgers zu berücksichtigen für die Fälle, wo auch ihm bereits der Vertragsabschluß unvorhergesehene schwere und unzumutbare Nachteile für seine Rechtsgüter mit sich bringt.

Die Sonderregelung dieser Fälle ist jedoch überflüssig. Sie ist bereits in §§ 48 S.2 i.V.m. 242 BGB enthalten, weil hier die Durchsetzung der Vertragsrechte - soweit nicht schon eine Anfechtung entsprechend den §§ 119ff.BGB möglich ist - unzulässige Rechtsausübung wäre und dem davon betroffenen Vertragspartner ein übergesetzliches Kündigungsrecht zustünde. Die Generalklausel des § 242 BGB (und das in ihr enthaltene Verbot unzulässiger Rechtsausübung) erhält für den Bereich des ö.r.Vertrags durch die andersgeartete Wertordnung des Verwaltungsrechts u.U. einen anderen, weiteren Sinngehalt. Von hier aus kann auch am ehesten eine Fortbildung des objektiven, spezifisch dem ö.r.Vertrag angepassten Rechts erwartet werden. Im besonderen Fall unzulässiger Rechtsausübung kann z.B. der Behörde die Durchsetzung ihrer Vertragsrechte gegen den Bürger viel früher verwehrt sein als bei Privatverträgen, weil hier u.U. das Sozialstaatsprinzip des Art.20 Abs.1 GG der Durchsetzung der Vertragsrechte engere Grenzen setzt.

d)"Wesentliche" Veränderung der Verhältnisse

Eine bloße Veränderung in der Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung, der Vor- und Nachteile aus dem ö.r.Vertrag zum Nachteil eines der Vertragspartner, rechtfertigt keine

1)a.a.O.S.72

Kündigung auf Grund der clausula rebus sic stantibus[1]. Der Entwurf bringt das damit zum Ausdruck, daß er in § 46 S.1 eine "wesentliche" Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsabschluß voraussetzt.

4.Rechtsfolgen der clausula rebus sic stantibus

a)Unwirksamkeit oder Kündigung des ö.r.Vertrags

Nach der herrschenden Meinung wird der Vertrag unter den Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus nicht ipso iure unwirksam, vielmehr erhalten die Parteien nur ein Kündigungsrecht[2]. Der Entwurf folgt mit Recht dieser Auffassung. Die Feststellung, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag unwirksam geworden ist, wird dadurch erleichtert. Die Möglichkeit der Kündigung des ö.r.Vertrags anstelle seiner Unwirksamkeit sichert auch den Vorrang der Teilkündigung und Anpassung des Vertrags an die veränderten Umstände vor seiner gänzlichen Auflösung.

Die Kündigungserklärung der Behörde ist die Ausübung eines auf den Vertrag bezogenen und in der gleichgeordneten Vertragsbeziehung wurzelnden einseitigen Gestaltungsrechts. Sie ist daher kein VA[3], kein obrigkeitlicher Ausspruch in Ausübung öffentlicher Gewalt[4].

b)Begründung der Kündigung

Nach § 46 S.3 E "soll" die Kündigung begründet werden. Ule-Becker haben dagegen vorgeschlagen, die Begründung wenigstens der Behörde zur Rechtspflicht zu machen, weil der an einem subordinationsrechtlichen Vertrag beteiligte Bürger hier ebenso wie bei Eingriffen in seine Rechtsposition durch VA ein Interesse an einer ordnungsmäßigen Begründung habe[5]. Ein solches Interesse hat aber auch die Behörde, wenn der beteiligte Bürger kündigt, weil auch sie i.d.R. seine Kündigungsberechtigung prüfen und sich dementspre-

1)Rößler S.277;Forsthoff S.270;Kottke S.128;BVerwGE 25,299ff.
2)Apelt I S.222f;Salzwedel S.107f;Kottke S.128f.,1.,; a.A. Kohl S.29;anscheinend auch OVG Hamburg,MDR 1959,608 und OVG Münster,DÖV 1960,798ff,799
3)Barocka S.8;Haueisen,NJW 1963,1331f;Rupp,AöR Bd.85 (1960), 155
4)OVG Münster,VwRspr.Bd.4,772
5)Ule-Becker S.72;ebenso Kottke S.129

chend einstellen will. § 46 S.3 E sollte daher dem kündigenden Vertragspartner die Begründung seiner Kündigung allgemein zur Rechtspflicht machen.

§ 46 S.4 E 66 schreibt jetzt für die Kündigungserklärung die Schriftform vor.

c)Teilkündigung

Die herrschende Meinung gibt der Teilkündigung des ö.r. Vertrags den Vorrang vor der Kündigung des ganzen Vertrags, wenn nur einzelne Vertragsrechte- und pflichten die Ausübung des Kündigungsrechts rechtfertigen, der Vertrag aber in den übrigen Teilen fortbestehen könnte[1]. Der Entwurf sieht eine bloße Teilkündigung nicht vor.

Es sollte aber doch eine Regelung versucht werden, die den Vorrang der Teilkündigung bzw. Abänderung des Vertrags in einzelnen Punkten vor der gänzlichen Vertragsauflösung sichert, soweit dadurch keine unzumutbare Störung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung eintritt. Die Verfasser des Entwurfs sahen von einer solchen Regelung bewusst ab, weil sie zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen würde[2]. Das ist jedoch kein ausreichender Grund, denn die Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag bietet ein ausreichendes Gegengewicht und entscheidet letztlich über die Zulässigkeit der Teilkündigung oder Kündigung des ganzen Vertrags. Die Teilkündigung müsste allerdings nicht nur dem kündigenden Teil, sondern es müsste auch dem in seinen Gläubigerrechten beeinträchtigten Vertragsgegner noch ein weiteres Festhalten am Restvertrag zugemutet werden können.

d)Vorteilsausgleich durch Entschädigung

Die Verfasser des Entwurfs haben bewusst davon abgesehen, die Rechtsfolgen der Kündigung zu regeln. Ule-Becker haben eine Regelung "im Grundsätzlichen" gewünscht, besonders

1)Ruppert S.19f;Salzwedel S.111;Beinhardt S.258f;Martens S. 453;Kottke S.127f;PrOVGE 84,301ff,305f. Ob dazu allerdings richterliche Vertragshilfe entsprechend dem VertragshilfeG in Anspruch genommen werden kann, lässt sich hier nicht näher untersuchen (dafür Henrichs a.a.O.; a.A. BVerwG,DVBl. 1956,349 = KStZ 1956,40)

2)Einzelbegr.zu § 46 S.203; zustimmend Redecker S.547, b)

wenn § 46 S.2 E nicht gestrichen werden sollte[1]. Eine solche Regelung beträfe in erster Linie die Entschädigungspflicht des vorzeitig kündigenden Vertragspartners.

Für eine solche Regelung hat der Entwurf bereits die Grundvoraussetzungen geschaffen, indem er sich bei Vorliegen der Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus für die Möglichkeit der Kündigung und gegen die Unwirksamkeit des ö.r.Vertrags ipso iure entschied. Die herrschende Meinung, der der Entwurf damit gefolgt war, geht noch einen Schritt weiter. Nach ihr hat die zurücktretende Vertragspartei ihren Vertragspartner für die aus der Vertragsauflösung entstehenden Nachteile zu entschädigen[2]; denn der Eingriff in den Vertrag erfolgte ja durch einen - wenn auch gesetzlich zugelassenen - Willensakt der zurücktretenden Vertragspartei (Kündigung) und nicht etwa unabhängig vom Parteiwillen durch das Gesetz selbst (Unwirksamkeit ipso iure).

Jedlicka schränkt eine solche Ersatzpflicht aber ein[3]: Werde der Kündigungsberechtigte von einer Geldschuld befreit, so widerspreche es dem Sinn der clausula rebus sic stantibus, ihn andererseits durch Aufbürdung der Entschädigungspflicht wieder zu belasten; schulde er dagegen eine Sachleistung oder ein bestimmtes Verhalten, so habe er seinem Mitkontrahenten das Interesse an der Vertragserfüllung durch Entschädigung zu ersetzen. Die unterschiedliche Beurteilung vertraglicher Verpflichtungen zu Geld- oder Sachleistungen ist nicht einleuchtend, denn beide - dazu u.U. auch Verhaltenspflichten - enthalten einen Vermögenswert.

Dennoch enthalten Jedlickas Ausführungen einen richtigen Kern, daß nämlich die Entschädigungspflicht im Dienst der Vorteilsausgleichung steht. Die Entschädigungspflicht darf den auf Grund der clausula rebus sic stantibus zulässigen Rücktritt nicht ad absurdum führen, indem sie dem Kündigenden ersatzweise Leistungspflichten auferlegt, die für ihn

1)a.a.O.S.72; vgl. auch Redecker S.548,c)
2)im Anschluß an Apelt I S.224f; vgl. Ruppert S.20;Beinhardt S.259;Merk S.912
3)a.a.O.S.127

unzumutbar geworden sind. Ist der Kündigungsberechtigte zu Geldleistungen verpflichtet, so können diese im Weg der Anpassung an die veränderten Umstände ermäßigt werden und es bedarf auf Grund der clausula rebus sic stantibus insoweit i.d.R. nur einer Teilauflösung des Vertrags (Vertragsänderung). Wird dagegen eine unteilbare Leistung geschuldet, die in Form einer Anpassung des Vertrags an die veränderten Umstände keine Vertragsänderung, sondern nur eine Vertragsauflösung zulassen, so ist eine Entschädigungspflicht des Kündigenden gegenüber seinem Vertragspartner dann gerechtfertigt, wenn er durch die gänzliche Vertragsauflösung einen ungerechtfertigten Vorteil erlangt. Die Entschädigungspflicht dient der Vorteilsausgleichung, die Entschädigungsleistung soll das aus dem Vertragszweck ersichtliche Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung wiederherstellen; ihre oberste Grenze bestimmt sich nach ihrer Zumutbarkeit, gemessen an den veränderten Umständen.

IV. Änderungen der objektiven Normenlage und Vertragsbindung

1. Die Bindung an ö.r.Verträge kann mit der Rechtsetzungsbefugnis des Staats oder autonomer Verwaltungsträger in Konflikt treten, wenn nämlich spätere Gesetze (im materiellen Sinn) mit den vertraglichen Rechten und Pflichten kollidieren. Vom Entstehungszeitpunkt der öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen aus gesehen lässt sich dann von einer vertragswidrigen Norm sprechen im Gegensatz zu den Fällen, wo vertragliche Beziehungen mit bereits bestehendem objektivem Recht in Widerspruch treten.

a) Die Möglichkeit vertragswidriger Normen wurde vereinzelt als Argument gegen die begriffliche Möglichkeit ö.r.Verträge ins Feld geführt: Eine solche Handlungsform sei nicht zu vereinbaren mit der Tatsache, daß der Staat als Vertragspartner zugleich Normsetzungsbefugnisse habe, mit denen er einseitig die Rechtswirkungen des Vertrags beseitigen oder doch wenigstens verändern könne. Dieses Bedenken wurde mit dem zutreffenden Hinweis entkräftet, daß der Staat einerseits an bürgerlich-rechtlichen Verträgen beteiligt sein kann, andererseits aber seine Normsetzungsbefugnisse zur

Regelung des Vertragsgegenstands dadurch nicht verliere[1].

b)Mitunter wird die Änderung der objektiven Normenlage unter Auswirkung auf die vertragliche Rechts= und Pflichtenlage als ein Unterfall der clausula rebus sic stantibus angese=hen[2]. § 46 E und die dazu gegebene Begründung lassen offen, ob diese Vorschrift auch bei Änderung der "recht=lichen" Verhältnisse anwendbar ist[3]. § 46 E will aber nur die clausula rebus sic stantibus regeln[4], und diese be=trifft nur die Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung, die bei Änderung der objektiven Normenlage nicht immer gegeben sein muß. Besonders in den Fällen, wo der vertragsbeteilig=te Hoheitsträger selbst von seinen Normsetzungsbefugnissen Gebrauch macht, liegen bei ihm die Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus nicht vor (Unzumutbarkeit). Es ist auch gar nicht anzunehmen, daß die Verfasser des Ent=wurfs das weit schwierigere und differenziertere Problem einer nachfolgenden Änderung der objektiven Normenlage ein=heitlich mit dem der nachfolgenden Änderung der tatsächli=chen Verhältnisse regeln wollten, was zu keinen sachgerech=ten Lösungen führen könnte. Zur Klarstellung sollte § 46 S.1 E in seinem Wortlaut auf die Änderung der "tatsächli=chen" Verhältnisse beschränkt werden.

2.Vertragserhebliche Rechtsänderungen im einzelnen

a)Wegfall der positiv-gesetzlichen Abschlußermächtigung
Gesetzliche Änderungen können frühere positiv-gesetzliche Ermächtigungen zum Vertragsabschluß beseitigen. Dann er=lischt nach Apelts Auffassung das auf ihrer Grundlage abge=schlossene vertragliche Rechtsverhältnis[5], während Imboden den Vertragsrechten als wohlerworbenen Rechten - den Fall förmlicher Enteignung ausgenommen - gegenüber späterem objektivem Recht Gesetzesbeständigkeit einräumt[6]. Hier ist

1)Baechi S.80ff.und ihm folgend Steffen S.20;Beyer S.229
2)Apelt I S.220f.,II S.272; EVRO-Begr. S.187;z.T.auch Kottke S.126ff;anscheinend auch Forsthoff S.270; a.A.Ruppert S.19; Beinhardt S.259;Löwer S.268;Redecker S.546f.,a)
3)a.A.zu Unrecht Martens S.467
4)Einzelbegr.zu § 46, S.202
5)Apelt I S.221;ebenso Ruppert S.19
6)a.a.O.S.100ff.

mit Forsthoff zu differenzieren je nachdem, ob das Gesetz rückwirkende Kraft hat oder nicht[1]; nur im ersteren Fall ist ein gesetzlicher Wille erkennbar, bestehende ö.r.Verträge durch die gesetzliche Neuregelung zu beseitigen.

b)Nachfolgende gesetzliche Regelung des Vertragsgegenstands
Eine nachfolgende Gesetzesregelung kann auch den vertraglich geregelten Sachverhalt selbst (neu) regeln. So kann z.B. ein bisher rechtlich nicht besonders geregelter Bereich, in dem der Vertrag abgeschlossen wurde, durch positiv-gesetzliche Regelung ausgefüllt, oder es kann eine gesetzliche Dispositivregelung bestimmter Lebensverhältnisse[2] durch eine zwingende Neuregelung abgelöst werden. In diesen Fällen besteht die vertragliche Regelung fort, wenn nicht ein gesetzlicher Wille, die bisher abgeschlossenen Verträge zu beseitigen, durch Rückwirkungserklärung oder auf sonstige Weise im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt[3]. Die vertragliche Rechts- und Pflichtenlage bleibt selbst dann unberührt, wenn das Gesetz durch eine zwingende Regelung eine vertragliche Gestaltung ausschließt, weil es dies - falls es nichts anderes zu erkennen gibt - nur für die Zukunft anordnet.

Der Einwand, daß spätere Gesetze ranggleiche oder rangniederere Rechtssätze beseitigen und daher erst recht subjektive vertragliche Rechte aufheben, wäre demgegenüber nicht stichhaltig. Der Rechtssatz "lex posterior derogat legi priori" dient der Selbstbehauptung des objektiven Rechts in seiner Fortentwicklung gegenüber früherem objektivem Recht, nicht aber der Beseitigung subjektiver Rechte[4].

Fordert man eine Rückwirkungserklärung oder ausdrückliche Beseitigung des ö.r.Vertrags durch die nachfolgende gesetz-

---

1)a.a.O.S.271
2)die nach Meinung der Verfasser dem Vertragsabschluß i.S.d. § 40 Abs.1 E nicht entgegensteht
3)a.A.Apelt I S.220; wie hier Imboden S.100ff;Ruppert S.19; Redecker S.547;BayVGHE 1,322
4)so im Ergebnis wohl auch Forsthoff S.145 (153), der zwar davon ausgeht, daß Dauerrechtsverhältnisse der Geltung erlassener Rechtsnormen unterliegen, diesen Grundsatz aber bei wohlerworbenen Rechten ausschließt

liche Regelung, so ist dadurch auch der rechtsetzende Hoheitsträger zur Entschließung über die Entschädigung des durch den Wegfall seiner Vertragsrechte betroffenen Vertragspartners angehalten; damit ist zugleich die Gefahr verringert, daß solche späteren Gesetze in ihrer Gültigkeit an der Junktimklausel des Art.14 Abs.3 S.2 GG scheitern, weil der Gesetzgeber den Eingriff in die ihm unbekannten Verträge nicht vorausgesehen hat.

Eine besondere Regelung dieser Fälle im Entwurf erscheint überflüssig. Sie ergibt sich bereits aus der zeitlichen Geltung des materiellen Rechts und der Tatsache, daß sich subjektiv-vertragliche Rechte nicht in den Stufenbau der Rechtsordnung einfügen lassen.

3. Die Entschädigung

In allen Fällen, wo spätere Gesetze vertragliche Rechte ändern oder beseitigen, gibt die herrschende Meinung dem von dem gesetzlichen Eingriff betroffenen Vertragspartner einen Entschädigungsanspruch[1]. Die durch den ö.r.Vertrag begründeten Rechte sind subjektiv-öffentliche Rechte. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gelten nicht alle diese Rechte als Eigentum i.S.d. Art.14 GG[2], sondern nur eine solche öffentlich-rechtliche Rechtsposition, "die derjenigen eines Eigentümers entspricht", die so stark ist, "daß es nach dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes als ausgeschlossen erscheint, daß der Staat sie ersatzlos entziehen kann"[3]. Das ist bei den öffentlich-rechtlichen Vertragsrechten jedenfalls dann anzunehmen, wenn sie einen Vermögenswert enthalten[4].

4. Die Schranken späterer Rechtsetzungsakte

a) Greifen vertragswidrige Rechtsvorschriften in den Bestand des Vertrags ändernd oder aufhebend ein bis hin zur Substanz vermögenswerter Vertragsrechte, so ergibt sich über

---

1) Imboden S.101f.; Apelt II S.272; Beinhardt S.259; Redecker S.547

2) so aber die Rechtsprechung des BGH, vgl.BGHZ 6,270ff,278; 15,17; 25,266; 36,1; vermittelnd BSozGE 5,40

3) BVerfGE 1,264ff,278f; 2,380ff,399; 3,58; 4,219; 16,94

4) Apelt II S.272; zum allgemeinen Hintergrund, vor dem dies gesehen werden muß, vgl. Dürig, Festschrift für Apelt S. 13ff,40ff.

Art.14 GG aus Art.19 Abs.1 S.1 GG das Verbot der Einzelfallgesetzgebung, eines Individualgesetzes zur Beseitigung einzelner Verträge[1].

b)Vertragswidrige Rechtsvorschriften dürfen inhaltlich in ihrer Stoßrichtung gegen den Vertrag nicht gegen den Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in Freiheit und Eigentum verstoßen, eine Schranke, die auch für den Staat in Ausübung gesetzgeberischer Gewalt gilt[2].

c)Gleichgültig ist dagegen, wer die vertragswidrige Rechtsvorschrift erlässt. Insbesondere ist der vertragsbeteiligte Hoheitsträger durch den ö.r.Vertrag in seinen Normsetzungsbefugnissen nicht beschränkt. Die von ihm gesetzten vertragswidrigen Rechtsvorschriften sind nicht etwa als Vertragsverletzung in ihrer Rechtsgeltung in Frage gestellt[3]. Der ö.r.Vertrag könnte sonst - im Widerspruch zur einhelligen Meinung - den Verzicht auf die Ausübung hoheitlicher Befugnisse sanktionieren[4], insbesondere die Rechtsetzungsbefugnisse des beteiligten Hoheitsträgers binden[5]. Einen geeigneten Ausgleich bietet die Entschädigungspflicht des normsetzenden vertragsbeteiligten Hoheitsträgers.

Hier empfiehlt sich eine Regelung im Entwurf, die klarstellt, daß ein (auch rückwirkender) Normsetzungsakt keine Vertragsverletzung mit der Folge einer Schadensersatzpflicht ist, sondern allenfalls eine öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht zur Folge hat. Damit könnten auch die Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt werden, die sich daraus ergeben, daß eine eigentliche Vertragsverletzung im Sinn des Zivilrechts gar nicht vorliegt: Beim zivilrechtlichen Vertrag ist eine Vertragsverletzung nur eine faktische (Nichterfüllung,Verzug,Schlechterfüllung), die das Vertragsrecht des anderen Teils in seinem rechtlichen Bestand nicht berührt, während ein rechtssatzmäßiger Eingriff in den ö.r.

---

1)a.A.Maunz a.a.O.S.147, wonach dieses Verbot nicht für enteignende Gesetze gilt
2)Hamann, Einf. I D 7 a cc), S.46 m.w.N.; Maunz-Dürig, Art. 20 Rdnr.114/115
3)RGZ 49,219
4)Landmann-Giers-Proksch S.131ff. m.w.N.; Kottke S.86ff.; VG Freiburg, JZ 1951,789
5)vgl. die Nachweise oben 2.Teil § 1 IV 1., S.41 Anm.5

Vertrag das subjektive Vertragsrecht selbst ändern oder aufheben kann.

§ 3 Die Ergänzung der Entwurfsvorschriften durch § 48 E

I. Überblick

Der ö.r.Vertrag ist nirgendwo positiv-gesetzlich geregelt[1]. Da man ihn allgemein als eine Handlungsform des öffentlichen Rechts ansieht, will man auf ihn die Rechtsregeln des öffentlichen Rechts anwenden[2]. Dabei gerät man aber in Schwierigkeiten, weil das öffentliche Recht zwar für den VA, nicht aber für die Vertragsform ein annähernd durchgebildetes System materieller Rechtsnormen entwickelt hat. Hier kann auch der Hinweis von Rupp nicht genügen, daß die verwaltungsgerichtliche Kontrolle nur das durch den Vertrag geschaffene Recht zu judizieren habe[3], denn solches subjektives Recht bedarf immer einer Ergänzung durch objektive Rechtsvorschriften, soweit sich der Vertragsinhalt als unvollkommene Regelung der durch den Vertrag geschaffenen rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien erweist. So sieht man sich gezwungen, durch eine "Anleihe" im Zivilrecht dessen Vertragsregeln zur Ausfüllung dieser Lücke im allgemeinen Verwaltungsrecht entsprechend heranzuziehen, soweit sich ihre entsprechende Anwendung mit der Eigenart des ö.r.Vertrags als einer Handlungsform des öffentlichen Rechts verträgt[4].

Der Entwurf verweist in § 48 S.1 zur Ergänzung der besonderen Vorschriften über den ö.r.Vertrag (§§ 40-47 E) in erster Linie auf die übrigen Vorschriften des Entwurfs, und nur, soweit auch diese nicht ausreichen, ergänzend auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. So ist z.B.

- die grundsätzliche Formfreiheit des Vertrags bereits durch § 43 E aufgehoben (kein Fall des § 48 E)
- sind die BGB-Vorschriften über die Stellvertretung weitgehend durch die vorrangige Entwurfsregelung der §§ 13ff.E ausgeschlossen (Fall des § 48 S.1 E),
- sind aber mangels irgendwelcher Regelung im Entwurf weitgehend bürgerlich-rechtliche Vorschriften entsprechend heranzu-

---

1) einen Anlauf dazu machten allerdings die Art.47-51 EVRO
2) Goez S.152ff; Forsthoff S.269; Kottke S.56ff; RGZ 110,293f.
3) AöR Bd.85(1960) S.155
4) G.Jellinek S.223; H.J.Wolff § 44 III S.284; Imboden S.94ff; OVG Hamburg, VwRspr.Bd.9,155ff,157; BaWüVGH, BaWüVwBl.1959,125ff; das RG lehnte dies ursprünglich strikt ab (RGZ 110,293f), änderte aber später seine Haltung, vgl.z.B. RGZ 148,266

ziehen wie z.B. über das Zustandekommen des Vertrags, §§ 145 ff.BGB[1], über den Zugang von Willenserklärungen,§ 130 BGB[2], über Vertragsauslegung, §§ 133[3] und 157[4] BGB, über Willensmängel, insbesondere §§ 116ff[5],119ff[6] BGB, über Vertragserfüllung und sonstiges Erlöschen der Vertragsrechte= und pflichten, §§ 323ff[7], 271[8] BGB, über Erfüllung entsprechend §§ 362ff BGB[9] und Erfüllungssurrogate wie Hinterlegung, §§ 372ff.BGB[10], Aufrechnung, §§ 387ff.BGB[11], Erlaß, § 397 BGB[12], Verwirkung[13], über Vertragsverletzung und Haftung[14], insbesondere §§ 276,278[15] sowie 325,326[16] BGB (Fälle des § 48 S.2 E).

II. Ergänzung durch sonstige Entwurfsvorschriften - § 48 S.1 E

1. Die Vorschriften über den VA

Über die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den VA in Teil II des Entwurfs schweigen die Verfasser in der Begründung zu § 48 S.1 E. Doch ergibt dessen Wortlaut ("soweit sich aus den Vorschriften dieses Abschnitts nichts abweichendes ergibt"), daß die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den VA grundsätzlich ausgeschlossen ist. VA und ö.r. Vertrag sind ein aliud[17] und sowohl in ihrer Rechtsgestalt wie auch in ihren Zulässigkeitsbereichen gänzlich verschieden. Ihre gesetzliche Regelung schließt sich daher aus. Das beweist auch die Tatsache, daß die §§ 40ff.E vielfach eine

1) EVRO-Begr.S.180f;Beinhardt S.253;a.A.für § 151 BGB PrOVGE 51, 282
2) Apelt I S.38f;Ruppert S.14;Imboden S.94
3) Steffen S.54;Kottke S.63f;OVG Münster,DÖV 1957,865
4) Merk S.912;Kottke S.65
5) Salzwedel S.104;Forsthoff S.270;BaWüVGH,BaWüVwBl.1959,127
6) Apelt I S.217,4.,;Ruppert S.22,III;Kottke S.100,112ff; zu § 123 BGB vgl. RGZ 148,266
7) Beinhardt S.257;Kottke S.133,139ff.
8) Ule S.143 u.
9) Imboden S.94f.;Beinhardt S.255;Kottke S.134
10) Apelt I S.194;Beinhardt S.255
11) Kottke S.134;Beinhardt S.255;OVG Münster,DÖV 1961,555;OVG Lüneburg,NJW 1957,76; a.A.Apelt I S.194
12) Apelt I S.194;Beinhardt S.255
13) Beinhardt S.259f. m.w.N.
14) Beinhardt S.256ff;RGZ 131,67;OLG Hamburg,MDR 1961,938ff,939
15) Seidel S.33f;Beinhardt S.256;Kottke S.137f.
16) Imboden S.104ff;Martens S.459;Beinhardt S.257f;Seidel S.33f; Kottke S.139f.
17) Einzelbegr.zu § 40 Abs.2, S.194 u.

eigene Regelung für den ö.r.Vertrag treffen. die die gleichen Probleme wie beim VA löst[1]; in einigen Fällen verweisen die §§ 40ff.E sogar ausdrücklich auf die Rechtsvorschriften des Teils III[2], eine überflüssige Regelung, wenn die Vorschriften über den VA auf den ö.r.Vertrag schon über § 48 S.1 E generell Anwendung fänden.

2.Die zuständige Behörde

a)Örtliche Zuständigkeit

Welche Behörde zum Abschluß des ö.r.Vertrags örtlich zuständig ist richtet sich nach § 2 E.

Schließt eine örtlich unzuständige Behörde einen ö.r.Vertrag, so ist er nicht etwa deshalb nach §§ 45 S.1 Z.5 i.V.m. 134 BGB nichtig[3], weil die Regelung der örtlichen Zuständigkeit in § 2 E zwingend und die Vorschriften des Teils III (hier §§ 34 Abs.2 Z.3 und Abs.3 Z.1 sowie § 36 E) nicht anwendbar sind. Vielmehr ist der ö.r.Vertrag gem. §§ 45 Z.1 i.V.m.34 Abs.2 Z.3 E nur bei einem Verstoß gegen die Zuständigkeitsvorschrift des § 2 Abs.1 Z.1 E nichtig, in allen anderen Fällen aber selbst dann gültig, wenn sich die Parteien bewusst über die Zuständigkeitsregelung des § 2 E hinwegsetzen, vgl. §§ 45 S.1 Z.2 i.V.m. 36, 34 Abs.3 E.

Zuzugeben ist dabei, daß die Sanktion der Nichtigkeit eines ö.r.Vertrags, bei dem die beteiligte Behörde die Zuständigkeitsschranke des § 2 Abs.1 Z.1 E überschritten hat, nicht in jedem Fall angebracht sein mag. Die Entwurfsregelung geht jedoch weit darüber hinaus, wenn sie die Vertragsparteien nicht hindert, sich über die Zuständigkeitsregelung des § 2 E bewusst hinwegzusetzen. Die Gültigkeit von ö.r. Verträgen, die von einer unzuständigen Behörde abgeschlossen wurden, lässt sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt

---

1)vgl.§§42 Abs.2-28 Abs.2E;die Formvorschriften §§ 29-43 E
2)vgl.§§42 Abs.2, 45 Abs.1 Z.1 und 2
3)in der Literatur sind die Ansichten geteilt: Beinhardt S. 252 nimmt die Nichtigkeit in jedem Fall an, Ruppert S.21f. und ähnlich Kottke S.93 nur bei absoluter Unzuständigkeit, Imboden S.96f.nur bei sachlicher Unzuständigkeit, Löwer S. 256 nur, wenn die handelnde und die zuständige Behörde nicht demselben Verwaltungsträger angehören

des Vertrauensschutzes für den am Vertrag beteiligten Bürger sowie in den Fällen rechtfertigen, wo die an sich zuständige Behörde zum Eintritt in die vertraglichen Rechte und Pflichten bereit ist und der Vertragsgegner dem zustimmt. Bei Verstößen gegen § 2 E wäre also insgesamt eine elastischere Regelung wünschenswert.

b)Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ist im Entwurf nicht geregelt[1]. Ein von einer sachlich unzuständigen Behörde abgeschlossener Vertrag ist daher gem. §§ 45 S.1 Z.5 E i.V.m. 134 BGB nichtig[2].

Allerdings könnten auch hier Einschränkungen im Interesse des vertragsbeteiligten Bürgers getroffen werden, ö.r.Verträge also z.B. dann gültig bleiben, wenn die an sich zuständige Behörde demselben Verwaltungsträger angehört wie die handelnde Behörde und die Unzuständigkeit nicht offenkundig war[3].

3.Rechts= und Handlungsfähigkeit

Außerhalb der §§ 40ff.E sind für den ö.r.Vertrag die Entwurfsvorschriften über die Beteiligungs= und Handlungsfähigkeit am bedeutsamsten. Die Rechtsfähigkeit des beteiligten Verwaltungsträgers ist zwar in seiner Eigenschaft als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts begründet, ist aber auch durch den ihm vom Gesetz zugewiesenen Rechts= und Pflichtenkreis, von seinem Aufgaben= und Wirkungsbereich her begrenzt. Nur im Rahmen seiner Kompetenz[4] ist ein Verwaltungsträger überhaupt zu rechtserheblichem Handeln befähigt[5], und erst hier gewinnen die Vorschriften des Entwurfs über die Beteiligungs= und Handlungsfähigkeit ihre Bedeutung.

---

1)vgl.Allg.Begr. S.72f.,Nr.6.5

2)im Ergebnis ebenso die h.M., vgl. Imboden S.96,Beinhardt S. 252, Kottke S.94 m.w.N.in Anm.75

3)a.A.Löwer S.256 für den Prozeßvergleich

4)zwischen Zuständigkeit und Kompetenz wird nicht immer unterschieden(z.B. Imboden S.96f;Löwer S.256;Ruppert S.21). Die Zuständigkeit einer Behörde betrifft aber nur einen Ausschnitt aus dem Kompetenz= und Aufgabenbereich des Verwaltungsträgers, auf den die Behörde als sein handelndes Organ beschränkt ist

4)Lehmann S.411f;H.J.Wolff Bd.I § 32 III b S.180f;BGH,NJW 1956, 746;Bullinger S.102ff;Stern II S.281ff.

Aus der Einzelbegründung zu § 48 E geht hervor, daß die Verfasser des Entwurfs als Alternativlösung zur Handlungsfähigkeit des § 11 E die Anwendung der BGB-Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit erwogen haben[1]. Mit der Lösung im Entwurf wollten sie die Schwierigkeiten vermeiden, die sich daraus ergeben, daß das bürgerliche Recht nur die Geschäftsfähigkeit von Privatrechtssubjekten regelt. Sie haben damit auch für den ö.r.Vertrag die weitgehende Übereinstimmung der §§ 10ff.E mit den prozessualen Vorschriften der §§ 61ff.VwGO erhalten. Der Gegenvorschlag, beim ö.r.Vertrag die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit heranzuziehen, war wohl nur für den an einem solchen Vertrag beteiligten Bürger gedacht; hier bestanden Bedenken, ob die Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Minderjährigen eine öffentlich-rechtliche Handlungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren einräumen[2], auch für den Abschluß eines ö.r.Vertrags genügten oder ob hier nicht der gesetzliche Vertreter hinzugezogen werden sollte (§ 107 BGB). Die Lösung im Entwurf, die öffentlich-rechtliche Handlungsfähigkeit auch als Fähigkeit zum Abschluß ö.r.Verträge anzuerkennen, verdient den Vorzug. Ihr steht allein der Rechtsgedanke des § 107 BGB entgegen, der jedoch nicht ausnahmslos gilt. Ebenso wie das bürgerliche Recht kann auch das öffentliche Recht in Ausnahmefällen allgemein Handlungsunfähigen eine Handlungsfähigkeit zusprechen. Im bürgerlichen Recht gestattet die beschränkte Handlungsfähigkeit dem Minderjährigen den wirksamen Abschluß von Verträgen unabhängig von § 107 BGB, und entsprechendes muß auch für das öffentliche Recht gelten. Auch wäre eine Differenzierung nach Vertragshandlungen und sonstigen Verfahrenshandlungen deshalb nicht gerechtfertigt, weil dem nach öffentlichem Recht allgemein handlungsunfähigen Minderjährigen auch in solchen Verwaltungsverfahren, die nicht mit dem Abschluß eines ö.r.Vertrags enden, Belastungen i.S.d. § 107 BGB erwachsen können.

§ 12 E regelt die Beteiligungsfähigkeit an einem konkreten Verwaltungsverfahren und zählt zu den Beteiligten in Konsequenz des § 8 E auch den, mit dem die Behörde einen ö.r.Ver-

1) Einzelbegr.S.205
2) vgl.die Beispiele in Einzelbegr.zu § 11 S.102

trag schließen möchte (§ 12 Abs.1 Z.3 E). Hat ein solcher Vertrag Drittwirkung, sei sie begünstigend oder belastend (§ 44 E), so sind die Dritten Beteiligte, wenn sie von der Behörde hinzugezogen werden (§ 12 Abs.1 Z.4 E). Für den ö.r. Vertrag mit belastender Drittwirkung ist § 12 Aos.1 Z.4 E allerdings ohne Bedeutung, weil die Zustimmung des Dritten nach § 44 E erforderlich ist und er damit notwendig Verfahrensbeteiligter i.S.d. § 12 Abs.3 S.1 E wird.

4.Sonstige Entwurfsvorschriften

a)Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens

Der Grundsatz, daß das Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und formlos durchzuführen ist (§ 9 E), ist nur durch die Schriftlichkeit des ö.r.Vertrags (§ 43 E) abweichend geregelt. Im übrigen eignet sich § 9 E zur Ergänzung des Teils IV, wo diese Vorschrift dem ungebührlichen Hinausschieben eines auf den Abschluß eines Vertrags gerichteten Verwaltungsverfahrens durch verzögernde und hinhaltende Verhandlungen entgegenwirkt[1].

b)Amtshilfe

Auch die Vorschriften über die Amtshilfe (§§ 3ff. E) sind für den ö.r.Vertrag nicht ganz ohne Bedeutung[2]. Doch werden sie wohl nur für Vorbereitungshandlungen zum Vertragsabschluß, insbesondere bei der Sachverhaltsermittlung, Bedeutung gewinnen, weil die Parteien die individuelle Regelung eines Sachverhalts regelmäßig selbst persönlich bzw. durch ihre eigenen Vertreter oder Organe gestalten wollen.

c)Anhörung der Beteiligten

Ohne Bedeutung für den ö.r.Vertrag ist § 21 E, wo die Anhörung der Beteiligten vorgeschrieben ist. § 21 E gilt nur bei solchen Verfahren, die auf den Erlaß eines VAs gerichtet sind. Nach Ansicht der Verfasser des Entwurfs sind Verträge ohne Vertragsverhandlungen nicht denkbar, weil der beteiligte Bürger, sollte er nicht gehört werden, den Vertragsabschluß verweigern wird. Dann ist die Behörde auf einseitig-hoheitliches Handeln angewiesen, und es entsteht

1)vgl.auch Allg.Begr. S.74, Nr.7.1
2)Einzelbegr.zu § 48, S.204f.

die Anhörungspflicht kraft Gesetzes[1].

III. Ergänzung durch bürgerliches Recht - § 48 S.2 E

Nach § 48 S.2 E gelten ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

1. Diese Formulierung erscheint zu eng.

a) Aus der Einzelbegr.zu § 48 E geht hervor, daß die Verfasser des Entwurfs nicht nur den positiv-gesetzlichen Einzelvorschriften des BGB, sondern auch den aus ihnen entwickelten Rechtsinstituten wie z.B. der culpa in contrahendo, der positiven Vertragsverletzung usw. subsidiäre Geltung für den ö.r.Vertrag verschaffen wollten[2]. Die Formulierung in § 48 S.2 "Vorschriften" ist insoweit mißverständlich und sollte allgemeiner gefasst werden, damit diese Absicht deutlicher zum Ausdruck kommt.

b) Es genügt auch nicht, nur die Vorschriften des "Bürgerlichen Gesetzbuchs" subsidiär heranzuziehen. Für einen Ausschluß bürgerlich-rechtlicher Vertragsvorschriften außerhalb des BGB besteht kein begründeter Anlaß. Hat sich z.B. in einem ö.r.Vertrag ein Vertragspartner zur Zahlung einer Geldsumme verpflichtet und im Einverständnis mit seinem Vertragspartner erfüllungshalber einen Wechsel oder Scheck über die geschuldete Geldsumme ausgestellt, so sind u.U. die Vorschriften des Wechsel- oder Scheckgesetzes heranzuziehen.

2. Ist die Formulierung des § 48 S.2 E insoweit zu eng, so lässt sie doch andererseits die (subsidiäre) entsprechende Anwendung des bürgerlichen Rechts auf den ö.r.Vertrag ohne Einschränkung zu.

Zwar kann nach einhelliger Meinung auf die ergänzende Anwendung von Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht verzichtet werden. Während der Entwurf aber zusammen mit einer Mindermeinung in der öffentlich-rechtlichen Natur des Vertrags kein Hindernis für eine analoge Anwendung des bürgerlichen Rechts begründet sieht[3], wendet die ganz herrschende dessen Vorschriften nur dann auf den ö.r.Vertrag an, wenn sie

1) Einzelbegr.zu § 12, S.104
2) Einzelbegr.zu § 48, S.205f.
3) so z.B. BaWüVGH, BaWüVwBl.1959,125

nicht besonders für den Privatvertrag, sondern für den Vertrag schlechthin als einer allgemeinen Rechtsform gelten bzw. wenn sie einen allgemeinen, nicht auf die Privatrechtsordnung beschränkten Gedanken zum Ausdruck bringen, der dem ganzen Rechtssystem angehört, der aber lediglich im Privatrecht seinen positiv-gesetzlichen Niederschlag gefunden hat[1]. Es handelt sich dabei nicht nur, wie Beinhardt glaubt, um einen bloßen Wortstreit[2]. Vielmehr geht es der herrschenden Meinung um das berechtigte Anliegen, den schrankenlosen Einbruch des bürgerlichen Rechts in das Rechtsinstitut des ö.r.Vertrags zu verhindern, um diese Rechtsform des Verwaltungshandelns dem Bereich des Verwaltungsrechts nicht zu entfremden, die Grenzlinien zwischen bürgerlichem Recht und Verwaltungsrecht nicht zu verwischen und der Umgehung öffentlich-rechtlicher Bindungen durch ein Ausweichen in das bürgerliche Vertragsrecht vorzubeugen. Vor diesen Folgen einer zivilistischen Denkweise wurde immer wieder mit Recht selbst von solchen Autoren gewarnt, die dem ö.r.Vertrag aufgeschlossen gegenüberstehen[3].

Es ist zu bedauern, daß die Verfasser des Entwurfs die von der herrschenden Meinung gesetzte Schranke ergänzender Anwendung des bürgerlichen Rechts in § 48 S.2 E nicht eingeführt und sich statt dessen zu seiner uneingeschränkten analogen Anwendung entschlossen haben. § 48 S.2 E sollte besser etwa wie folgt formuliert werden:

> "Ergänzend ist das für den bürgerlich-rechtlichen Vertrag geltende Recht[4] anzuwenden, wenn es seinem Wesen nach auch für den ö.r.Vertrag gelten kann".

Mit einer solchen oder ähnlichen Formulierung wäre eine Schranke gesetzt, die die unbesehene Heranziehung bürgerlichen Rechts verhindern und damit die Fortentwicklung des für

---

1) Kormann S.10; Jedlicka S.114; Forsthoff S.269; Kottke S.57ff.; PrOVGE 51,282; ähnlich auch Imboden S.94, Stern II S.312

2) Beinhardt S.252; ähnlich Löwer S.263f.; a.A.Forsthoff S.162

3) Apelt I S.18f; Goez S.149ff; Buddeberg S.99; Salzwedel S.12f; Jaschkowitz S.326f; Stern I S.112f.; Forsthoff S.161ff.

4) der Änderungsvorschlag betrifft bis hierher die Ausführungen oben 1.,a) und b), der nachfolgende Text die Ausführungen unter 2.,

den ö.r.Vertrag geeigneten objektiven Rechts in Rechtslehre und Rechtsprechung besser fördern könnte.

4.Teil
Rechtsweg und Vollstreckung

Wie im materiellen Verwaltungsrecht, so steht auch im Verwaltungsprozeßrecht der VA im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung[1]. Nicht einmal die verwaltungsgerichtliche Generalklausel hat Streitigkeiten aus ö.r.Verträgen in wünschenswerter Klarheit dem Verwaltungsprozeß zugewiesen. Es ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, alle Probleme im einzelnen darzustellen, die sich aus der einseitigen Orientierung des derzeitigen Verwaltungsprozeßrechts am VA für den ö.r.Vertrag ergeben[2], und es muß hier genügen, die beiden z.Z.t aktuellsten Probleme von Rechtsweg und Vollstreckung aus ö.r.Verträgen zu verfolgen. Die Besonderheiten des Prozeßvergleichs müssen dabei außer Betracht bleiben[3].

§ 1 Der Rechtsweg bei Klagen aus ö.r.Verträgen

I. Mischverträge und Rechtsweg

Ausgangspunkt ist § 40 Abs.1 S.1 VwGO, der für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Die durch ö.r.Vertrag geordneten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien gehören dem öffentlichen Recht an und Streitigkeiten hierüber sind daher grundsätzlich vor den Verwaltungsgerichten auszutragen.

Problematisch wird diese prinzipielle Zuweisung bei den sog. gemischten Verträgen, die teils privatrechtliche, teils öffentlich-rechtliche Elemente enthalten[4]. Streitigkeiten aus solchen Verträgen treten in Konfrontation zu den zwingenden[5] Rechtswegevorschriften der §§ 13 GVG, 40 VwGO. Nach der einen Ansicht ist nur ein Rechtsweg für den ganzen Vertrag eröffnet; entscheidend sei, ob die privatrechtlichen oder die öffentlich-

1)Rupp,DVBl.1959,81f.;vgl.auch Imboden S.214,c)
2)dazu eingehend Lerche a.a.O.
3)vgl.dazu Kniesch a.a.O. und Löwer a.a.O.
4)vgl.dazu oben 1.Teil § 1 V 3., S.12ff.
5)Menger-Erichsen,VwArch.Bd.56(1965),280f.;Klinger,§ 40 A IV S. 129 m.w.N.

rechtlichen Vertragselemente überwiegen[1]. Die gegenteilige Auffassung will dagegen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vertragsbestandteile voneinander sondern und je nach der Rechtsnatur der vertraglichen Ansprüche, Forderungen oder Rechte diese getrennt zur prozessualen Durchsetzung den entsprechenden Rechtswegen zuweisen[2].

Lerche hat die zweite Auffassung noch untermauert, indem er die Grenzen ihrer Möglichkeiten nachwies[3]:

a) Zunächst gelte das Prinzip der Aufspaltung und Verselbständigung der einzelnen Vertragsteile bis zur Grenze der Abtrennbarkeit;

b) von hier ab entscheide das materielle Schwergewicht des einzelnen Vertragselements, falls dieses noch nicht eindeutig dem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsbereich zugeschlagen werden könne;

c) sei auch ein Überwiegen des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakters des abgespaltenen Teils nicht feststellbar, dann sei der vom Kläger gewählte Rechtsweg der richtige.

Menger-Erichsen haben mit Recht der Aufgliederungstheorie entgegengehalten, sie zwinge zur Klärung der Streitigkeiten in zwei verschiedenen Verfahren mit unterschiedlichen Prozeßmaximen und gefährde damit die einheitliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses durch die rechtsprechende Gewalt[4]. Daher kann auch der Aufgliederungstheorie nicht gefolgt werden. Ist allerdings nur ein Teil des Vertrags im Streit und ist dieser rein öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur, dann ist der für diesen Vertragsteil zulässige Rechtsweg gegeben. Andernfalls aber, wenn das ganze Vertragsverhältnis oder einzelne seiner Bestandteile mit gemischter Rechtsnatur streitig sind, ist darauf abzustellen, ob die privatrechtlichen oder die öffentlich-rechtlichen Elemente überwiegen, und dementsprechend ein Rechtsweg zu eröffnen.

1) so z.B. Löwer S.267f. für den Prozeßvergleich
2) Stern I S.153; Barocka S.3,27; BGH, NJW 1965,442f.
3) a.a.O.S.66ff.
4) VwArch.Bd.56(1965),280ff.

Wenn Menger dieser von ihm selbst gewünschten Lösung vorhält, es stünden die §§ 40 VwGO, 13 GVG als zwingende Vorschriften entgegen, so kann dem nicht gefolgt werden. Diese Vorschriften setzen vielmehr voraus, daß für einen Rechtsstreit immer auch einer der beiden Rechtswege gegeben sei. Sie eröffnen daher auch nur einen Rechtsweg für solche Rechtsstreitigkeiten, die in sich sinnvollerweise nicht trennbar sind[1]. Daher kommt es allein auf das Übergewicht der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Elemente des streitigen Vertrags oder seiner Bestandteile an.

Ist aber ein solches überwiegendes Element nicht feststellbar, dann erscheint auch ein Wahlrecht des Klägers mit der vertraglichen Parität der Parteien nicht vereinbar[2]. Vielmehr könnte entsprechend Art.19 Abs.4 S.2 GG der ordentliche Rechtsweg eröffnet werden. Eine solche Analogie ist dadurch gerechtfertigt, daß der Kläger durch die Rechtswegevorschriften der §§ 40 VwGO, 13 GVG in der Wahl eines Rechtswegs behindert ist; keine der Vorschriften lässt die Klage auf ihrem Rechtsweg zu. In solchen Fällen muß die Rechtsweggarantie eingreifen und ist dem Kläger entsprechend Art.19 Abs.4 S.2 GG der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Eine direkte Anwendung des Art.19 Abs.4 GG ist allerdings nicht möglich, da dieses formale Hauptgrundrecht in direkter Anwendung allenfalls Rechtsschutz gegen die den Rechtsweg versperrenden Vorschriften (§§ 40 VwGO, 13 GVG) als legislativen Äußerungen der öffentlichen Gewalt gewähren könnte[3].

II. Die einzelnen Klagearten und der Rechtsweg

Zweifel über den richtigen Rechtsweg ergeben sich auch bei näherer Betrachtung der möglichen Klagearten aus ö.r.Verträgen[4].

1) zutreffend weist Löwer S.268 für den Prozeßvergleich darauf hin, daß der Trennung des Vertrags bereits § 139 BGB in seiner entsprechenden Anwendbarkeit entgegenstehen kann. Die Möglichkeit, daß mit dem angefochtenen oder als nichtig behaupteten Vertragsteil auch der ganze Vertrag zum Wegfall kommt, kann nur vom Gericht in einer Gesamtschau des ganzen Rechtsverhältnisses beurteilt werden.

2) so aber Lerche S.68 und Menger-Erichsen, VwArch.Bd.56(1965),281

3) zur öffentlichen Gewalt i.S.d.Art.19 Abs.4 S.1 gehört auch die gesetzgebende Gewalt, vgl.Hamann Art.19 Anm.14 m.w.N.; Maunz-Dürig, Art.19 Abs.IV, Anm.III,1,d), Rdnr.18

4) a.A.OVG Lüneburg, AS 20,383f., das ohne weitere Differenzierung Streitigkeiten aus ö.r.Ven den Verwaltungsgerichten zuweist

1.Feststellungsklage

Für sie ist nach § 40 Abs.1 S.1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben[1].

2.Leistungsklage

Auch sie wird von der Generalklausel des § 40 Abs.1 VwGO erfasst[2]. Nur Kohl will die Leistungsklage einzelner gegen den Staat ausschließen und statt dessen auf einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Vertragsverletzung verweisen, weil der Staat nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt gezwungen werden könne[3]. Hält man aber Verträge über die Ausübung der öffentlichen Gewalt für zulässig, so bedarf der Anspruchsberechtigte in Ansehung der anerkannten Rechtspflicht der vertragsbeteiligten Behörde auch eines Rechtsschutzes. Die Möglichkeit der Leistungsklage wird heute auch allgemein bejaht.

Meinungsverschiedenheiten bestehen heute nur noch darüber, ob sich der Kläger der Verpflichtungsklage des § 42 VwGO[4] oder der allgemeinen Leistungsklage[5] zu bedienen habe. Es entspricht der koordinationsrechtlichen Natur der Vertragsbeziehungen, hier die allgemeine Leistungsklage vorzuziehen[6]. Die Verpflichtungsklage setzt eine Klage auf Erlaß eines VAs voraus; sie wäre daher allenfalls dann denkbar, wenn die geforderte Vertragsleistung ein VA wäre[7]. Die Verpflichtung der Behörde geht aber nicht in allen Vertragsfällen auf den Erlaß eines VAs[8], und der am Vertrag beteiligte Bürger kann zu einer solchen Leistung überhaupt nicht verpflichtet werden. Es käme daher zu einer Verschiedenheit der Klagearten je nachdem, ob der am Vertrag beteiligte Bürger oder die beteiligte Behörde beklagt ist und ihre Verpflichtung den Erlaß eines VAs betrifft. Eine solche Differenzierung widerspräche der qualitativen Gleichwertigkeit der Vertragsleistungen. Auch muß der Kläger nach § 42 Abs.2 VwGO geltend

1)so schon VG Freiburg,JZ 1951,788;Lerche S.79ff,c)
2)Salzwedel S.15;Schmitt a.a.O.m.w.N.;HessVGH,DÖV 1964,462f; BGH,NJW 1965,442f; VG Saarlouis, NJW 1968,2395
3)a.a.O.S.21
4)so Salzwedel S.15;Redecker S.546,c
5)so Lerche S.77;HessVGH,DÖV 1964,462f.
6)dazu eingehend Lerche S.77f.
7)vgl.BVerwG,NJW 1969,1131
8)soweit man eine solche überhaupt für zulässig hält

machen, durch die Ablehnung des VAs in seinen Rechten verletzt zu sein. Unter solchen Rechten sind aber nicht vertraglich begründete subjektive Rechte zu verstehen, m.a.W. es geht bei der Verpflichtungsklage ausschließlich um die objektive Rechtswidrigkeit der Unterlassung der vom Kläger begehrten Maßnahme[1]. So stellt z.B. auch das BVerwG fest, für die Klagebefugnis des § 42 Abs.2 VwGO reiche es, daß - die objektive(!) Rechtswidrigkeit der Maßnahmen unterstellt - es im Bereich des Möglichen liege, daß der Kläger durch Maßnahmen der Behörde in seinen Rechten verletzt ist[2].
Die Verpflichtungsklage des § 42 VwGO scheidet daher als Leistungsklage aus ö.r.Verträgen aus.

3.Schadensersatzklage

Hier ist umstritten, ob für sie gem. § 40 Abs.1 S.1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg[3] oder gem. § 40 Abs.2 S.1 VwGO der Zivilrechtsweg[4] eröffnet ist. Das richtet sich danach, ob abweichend von § 40 Abs.1 VwGO durch die Ausnahmeregelung in § 40 Abs.2 S.1 VwGO auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen ist, m.a.W. ob unter "Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten" i.S.v. § 40 Abs.2 S.1 VwGO auch die Verletzung öffentlich-rechtlicher Vertragspflichten zu verstehen ist.

Die verneinende Auffassung unterstellt dem § 40 Abs.2 S.1 VwGO nur die Verletzung von Amtspflichten oder sonstigen gesetzlich begründeten öffentlich-rechtlichen Pflichten. Dafür gibt aber der Wortlaut des § 40 Abs.2 S.1 VwGO nichts her[5], denn eine öffentliche Pflicht kann auch vertraglich begründet werden. Die gegenteilige Auffassung ließe sich daher allenfalls aus dem Sinn und Zweck des § 40 Abs.2 S.1 VwGO begründen.

---

1)Ule a.a.O.S.118;Lerche S.77,cc;Kamm,JuS 1961,147
2)DÖV 1964,206;ähnlich Bachof,DRZ 1950,345;Schunck-de Clerc § 42 Anm.3 c;OVG Hamburg,JZ 1964,562
3)so Schmitt S.304ff.;Redecker-v.Oertzen § 40 Anm.10;Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr.16,80;Redecker S.546,d;Beinhardt S.260; OVG Lüneburg bei einem subordinationsrechtlichen Vertrag für den klagenden Hoheitsträger,BB 1968,931
4)so Lerche a.a.O.S.69f;Brückler,DRiZ 1964,372f;Menger-Erichsen VwArch Bd.56(1965),281ff;BGH,DVBl.1963,438f. sowie NJW 1965, 442f.
5)so mit Recht BGH,NJW 1965,442f.;Menger-Erichsen,VwArch.Bd.56 (1965),282f.

Stich sieht in der Zuweisung der Schadensersatzansprüche wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten zum Zivil= rechtsweg eine gesetzliche Sicherung, die vermeiden sollte, daß für Schadensersatzansprüche, die sich zwar aus dem öffentlichen Recht, nicht aber aus dem Verfassungs= oder Ver= waltungsrecht selbst ergeben (z.B. §§ 19BNotO, 1697,1848 BGB), nach § 40 Abs.1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wird[1]. Für die Lösung des hier anstehenden Problems ist damit nichts gewonnen.

Ausschlaggebend ist hier vielmehr der vom Gesetzgeber mit § 40 Abs.2 S.1 VwGO verfolgte Zweck, bei der umfangreichen öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Entscheidung über Amtshaftungs= und Entschädigungsansprüche[2] zwecks Wahrung des einheitlichen Rechtswegs Streitigkeiten über sonstige Verletzungen öffentlich-rechtlicher Pflichten ebenfalls den Zivilgerichten zur Entscheidung zuzuweisen[3], denn neben Ansprüchen aus Vertragsverletzung werden häufig solche aus Amtspflichtsverletzung[4] oder aus Enteignungsent= schädigung[5] geltend gemacht. Steht also die ratio legis nicht entgegen, so ist vom Wortlaut des § 40 Abs.2 S.1 VwGO auszugehen und ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Vertragspflichten vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

Es soll nicht verkannt werden, daß auch bei dieser Lösung das Dilemma der Zweigleisigkeit des Rechtswegs nicht bereinigt ist: Feststellungs= und Leistungsklage gehören in die Zustän= digkeit der Verwaltungsgerichte, während für die Schadenser= satzklage aus demselben Rechtsverhältnis der Zivilrechtsweg eröffnet ist. Eine hilfsweise Geltendmachung von Schadenser=

1) Stich, Zuständigkeiten S.393
2) vgl.im einzelnen Stich, Zuständigkeiten S.393
3) Brückler, DRiZ 1964,372f; BGH, NJW 1965,442f; Menger-Erichsen, VwArch.Bd.56(1965),283
4) eine Amtspflicht entsteht nicht nur aus gesetzlichen Vor= schriften, sie kann auch durch besondere Erklärung(RG,JW 1934 S.2398) übernommen werden; vgl.i.ü.RGZ 166,218, wo neben der Staatshaftung eine selbständige Vertragshaftung anerkannt ist
5) so etwa in den Fällen vertragswidriger, von einem vertragsbe= teiligten Hoheitsträger erlassener Rechtsvorschriften, vgl.o. 3.Teil § 2 IV (3.,), S.106

satzansprüchen oder ein Übergang von der Erfüllungs= auf die Schadensersatzklage im Verwaltungsprozeß ist damit ausgeschlossen. Gegenüber diesen Bedenken hat der BGH zutreffend darauf hingewiesen, daß auch für die Verpflichtungsklage aus § 42 VwGO ein anderer Rechtsweg gegeben ist als für die Schadensersatzklage wegen Verletzung der Amtspflicht, die durch die Versagung der vom Kläger begehrten Amtshandlung verletzt ist; weiter, daß der Sachzusammenhang mehrerer auf verschiedene Rechtsgründe gestützten Schadensersatz= bzw. Entschädigungsansprüche mindestens ebenso eng ist wie der zwischen Erfüllungs= und Schadensersatzansprüchen aus ö.r. Vertrag[1].

Schmitt weist in seiner ablehnenden Kritik an der Rechtsprechung des BGH noch auf die Gefahr gegensätzlicher Entscheidungen hin, wenn die Zivilgerichte im Schadensersatzprozeß inzidenter auch über Vertragspflichten zu entscheiden hätten, die in den Erfüllungsstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten anders beurteilt würden[2]. Diese Nachteile liegen aber in jeder Inzidententscheidung und treten beim ö.r.Vertrag nicht stärker hervor als anderswo. Auch ist die Gefahr abweichender Entscheidungen umso geringer, als die inzidenter entschiedene Vorfrage an der Rechtskraft des Zivilurteils nicht teilnimmt[3]. Letztlich kann - und muß u.U.[4] - das Zivilgericht nach § 148 ZPO den Schadensersatzprozeß aussetzen, bis die Verwaltungsgerichte in einer Feststellungs= oder Leistungsklage über die Gültigkeit und den Umfang des Vertrags oder einzelner Vertragspflichten entschieden haben, selbst wenn ein solcher Verwaltungsrechtsstreit noch nicht anhängig ist[5].

---

1) BGH, DVBl. 1963, 438f.; BGH, NJW 1965, 442f.; zustimmend Menger-Erichsen, VwArch. Bd. 56 (1965), 284 und Gähtgens, DRiZ 1965, 130ff.; a.A. Schmitt a.a.O. S. 305, Z. 5

2) Schmitt a.a.O. S. 305, Z. 5

3) H.J. Wolff a.a.O. Bd. I § 20 VI a), S. 88f.; Forsthoff S. 114; Landmann-Giers-Proksch S. 32ff, 35; Baumbach-Lauterbach § 148 Anm. 2; Rosenberg § 150 II 1., S. 752

4) H.J. Wolff a.a.O. Bd. I § 20 VI c), S. 83; Stein-Jonas § 148 Anm. IV

5) Stein-Jonas a.a.O. § 148 Anm. IV, 2.,

III. Regelung der Rechtswegfragen im Entwurf

Redecker hat vorgeschlagen, die ungünstigen praktischen Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH durch eine Regelung der Rechtswegefragen im Entwurf zu beseitigen und alle Klagen aus ö.r.Verträgen einschließlich der Schadensersatzklage dem Verwaltungsrechtsweg zuzuweisen[1]. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren regelt das Verfahren bei gerichtlichen Entscheidungen, das Verwaltungsverfahren - wie der Entwurf - aber nur das Verfahren bei Entscheidungen von Verwaltungsbehörden. Die Verfasser des Entwurfs haben daher mit Recht die Rechtswegfragen übergangen, weil ihre Regelung nicht mehr in den Rahmen eines Verwaltungsverfahrensgesetzes fällt.

IV. Anhang: Schiedsgerichtsklausel und ö.r.Vertrag

Eine besondere Bestimmung über die Zulässigkeit einer Schiedsgerichtsklausel hielten die Verfasser des Entwurfs für überflüssig, da sich deren Zulässigkeit schon aus §§ 168 Abs.1 Z.5, 187 VwGO ergebe[2]. Diese Vorschriften beweisen, daß die Generalverweisung des § 173 VwGO auch die §§ 1025ff.ZPO einschließt[3]. Die bisherigen Bedenken, ob die Zuständigkeitsregelung der Verfahrensordnungen in ihrer zwingenden Natur nicht die Schiedsgerichtsklausel in ö.r.Verträgen ausschließe, sind daher de lege lata nicht mehr begründet[4].

Die Vereinbarung einer solchen Klausel liegt beim ö.r.Vertrag besonders nahe, weil die Parteien dadurch u.U. die Zweigleisigkeit des Rechtswegs umgehen können, besonders bei gemischten Rechtsverhältnissen. Andererseits darf man die Gefahr eines Entzugs ö.r.Verträge aus der richterlichen Kontrolle nicht unterschätzen, worauf besonders nachdrücklich Bullinger hingewiesen hat[5]. Ein Mittelweg ließe sich darin finden, daß man zwar die Vereinbarung eines schiedsrichterlichen Verfahrens aus-

1) Redecker a.a.O. S.546,d)
2) Einzelbegr. S.206 im Anschluß an Haueisen, NJW 1962,2129
3) a.A.Bullinger S.89f.
4) zur Schiedsgerichtsklausel in einem ö.r.Vertrag vgl. Apelt I S.181ff.; Stern II S.309f.; Barocka S.27ff.; Imboden S.162ff.; Bullinger S.87ff.; Kniesch S.525f.
5) a.a.O. S.87ff.; hiergegen wiederum Woltereck a.a.O. S.325ff., IV.,

schließt, dafür aber ein notwendiges Güteverfahren vor der staatlichen Aufsichtsbehörde vorschaltet, dessen Scheitern - ähnlich wie beim Widerspruchsverfahren vor Anfechtungs= und Verpflichtungsklage - Voraussetzung für ein sich anschließendes Streitverfahren bildet[1].

1) bei ö.r.Ven zwischen Privaten fehlt eine Aufsichtsbehörde; hier müsste die für das Güteverfahren zuständige Behörde besonders bestimmt werden

§ 2 Die Zwangsdurchsetzung der Vertragsrechte

I. Bestandsaufnahme

1. Übersicht über die herrschende Meinung

Nach der bisher noch vorherrschenden Meinung bedarf die Zwangsdurchsetzung der Vertragsrechte durch die Parteien keines vollstreckbaren Titels. In früheren, dem Denkschema O.Mayers anhängenden Auffassungen wird ein solcher Titel bei Verträgen zwischen der Verwaltung und einem Bürger sogar als unvereinbar mit dem Wesen des Staats und seiner komplexen Ordnungsgewalt angesehen[1]. Für die herrschende Meinung ergibt sich dann etwa folgendes Schema:

a) Vollstreckung gegen den einzelnen

Hier zeigt sich eine Parallele zu den gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen, wo die Verwaltung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ihre Leistungsansprüche nicht nur durch Leistungsklage, sondern ohne weiteres durch einseitigen hoheitlichen Leistungsbescheid (VA) geltend machen und durchsetzen kann wie z.B. Schadensersatz- oder Rückforderungsansprüche gegen Beamte oder Soldaten; diese Befugnis wird ihr dort auch und gerade dann zugesprochen, wenn für den belastenden VA eine besondere gesetzliche Regelung fehlt[2].

In ähnlicher Weise kann nach der herrschenden Meinung auch beim ö.r.Vertrag die beteiligte Behörde ihre vertraglichen Rechte einseitig im Weg des Verwaltungszwangs durchsetzen[3].

Zur Begründung wird im einzelnen vorgetragen:

- Der Staat bedürfe keiner Zurverfügungstellung öffentlicher Gewalt, er sei nur als Kontrahent der Vertragsrech-

---

1) Reusch S.66f.; Kohl S.29f.

2) BVerwGE 18,283; 19,243; 21,270; BayVGH,DVBl.1966,151 mit Anm.v.Achterberg; HessVGH,DVBl.1963,555; OVG Münster,DVBl. 1963,187; einschränkend BVerwG,DVBl.1966,931; a.A.OVG Hamburg,MDR 1966,177; Wacke,DÖV 1966,311; Bachof,VerfR II Nr. 18ff; vgl.auch Menger-Erichsen,VwArch.Bd.57(1966),378ff. Der ö.r.V. und die dort parallele Problematik werden in die Diskussion bisher noch nicht einbezogen

3) Apelt I S.205 (jedenfalls für den Fall der Konventionalstrafe); Reusch S.66; Kohl S.29f.; Barocka S.19 Z.5; Beinhardt S.260; OVG Hamburg, VwRspr.Bd.8,228; OVG Münster, DÖV 1960,798ff,800

te= und pflichten juristische Person, als deren Voll= strecker aber Träger umfassender Ordnungsgewalt[1].

- Die Behörde habe in öffentlich-rechtlichen Angelegenhei= ten ihr eigenes Zwangsverfahren[2].
- Das konkrete vertragliche Gleichordnungsverhältnis werde durch das allgemeine Über= und Unterordnungsverhältnis des Gewaltunterworfenen unter den Hoheitsträger über= wölbt[3].
- Ö.r.Verträge, gleich ob rechtmäßig oder rechtswidrig, entfalteten nach ihrem Abschluß eine Bestandskraft, die mit der des VAs vergleichbar sei. Sie seien daher auch als solche unmittelbar vollziehbar. Andernfalls wären sie ein untaugliches Mittel des Verwaltungshandelns, weil die Verwaltung ohne Bestandskraft der vom einzelnen übernom= menen Vertragspflichten der Durchsetzbarkeit ihrer Ver= tragsrechte nie sicher sein könne[4].
- Die Vertragspflicht sei eine öffentlich-rechtliche Pflicht und könne daher wie die Erfüllung einer gesetzli= chen Pflicht erzwungen werden[5].

Um den einzelnen in dieses Vollstreckungsverfahren nicht ganz ohne Rechtsschutz zu stellen gibt eine neuere Ansicht ihm wenigstens das Rechtsmittel der Vollstreckungsgegenkla= ge in erweiterter Form entsprechend §§ 167 Abs.1 VwGO, 767 ZPO, in der der Vollstreckungsschuldner alle Einwendungen gegen den materiell-rechtlichen Anspruch erheben können soll[6].

b)Vollstreckung gegen die Behörde

Der am Vertrag beteiligte Bürger kann sich nach der herr=

---

1)Reusch S.66
2)Kohl S.29f.
3)Beinhardt S.260
4)Menger,VwArch.Bd.52(1961),210f;a.A.Martens S.471;Lerche S.86
5)OVG Hamburg,VwRspr.Bd.8,228ff,230 unter Berufung auf PrOVGE 74,72 und ihm folgend OVG Münster,DÖV 1960,798ff,800. Die Berufung auf das PrOVG ist insoweit nicht gerechtfertigt, als das Gericht in der genannten Entscheidung nur über die vertragliche Pflicht des Unternehmers gem. § 15 PrFluchtlG entschied, die - nach Auffassung des Gerichts - auf Grund der Ermächtigungsnorm an die Stelle der gesetzlichen Anlie= gerbeitragspflicht tritt. Das OVG Hamburg hätte daher in seiner Entscheidung vorweg untersuchen müssen, ob diese Voraussetzungen vorlagen.
6)Rupp, JuS 1961,S.62 III; Beinhardt S.260

schenden Meinung zur Durchsetzung seiner Vertragsrechte nur formloser Rechtsbehelfe bedienen und auf diesem Weg insbesondere ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde herbeiführen[1]. Darüber hinaus soll nach Reuschs Ansicht der einzelne gegen Vertragsverletzungen der Behörde durch die Möglichkeit der "Anfechtung des vertragswidrigen Verwaltungsakts" geschützt sein[2].

2. Die gegenteilige Auffassung

Eine neuere Auffassung hält die einseitige Durchsetzung der vertraglichen Rechte ohne vollstreckbaren Titel für unvereinbar mit dem Vertragskonzept[3]. Diese Auffassung wird noch dadurch bestärkt, daß sich eine gewichtige Meinung im Schrifttum der derzeit noch herrschenden Meinung nicht anschließen will und sich unentschieden verhält[4], und daß selbst einige Anhänger der herrschenden Meinung Bedenken gegen ihre Ansicht geäußert haben[5].

Eingehend hat besonders Lerche die gegenteilige Auffassung begründet[6]: Bei vertraglichem Handeln sei an die Stelle der exekutiven Verwaltung eine sich arrangierende Verwaltung getreten. Das grundsätzliche Erfordernis einer Klage vor Zwangsdurchsetzung der Vertragsrechte lasse sich aber auch aus dem positiven Recht begründen: Die Verwaltungsgerichtsordnung regle selbst den unmittelbaren Vertragsvollzug, aber nur bei gerichtlichen Vergleichen (§ 168 Abs.1 Z.3) und bei Schiedsverträgen (§ 168 Abs.1 Z.5). Eine allgemeine Zulassung des unmittelbaren Vertragsvollzugs ohne rechtskräftigen Titel lehne die Verwaltungsgerichtsordnung jedoch ab. Die §§ 6ff. VwVG betreffen nur VAe, während § 1 Abs.2 VwVG von der Verwaltungsvollstreckung solche Geldforderungen ausnehme, die im Weg der Parteistreitigkeit vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden; das Verwaltungsvollstreckungsgesetz gebe damit

1) Apelt I S.51f; für bestimmte koordinationsrechtliche Verträge Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S.143f.,2 a (1)
2) Reusch S.67
3) Ruck S.87; Lerche S.83ff; H.J.Wolff Bd.I § 44 II e S.284 (a.A. noch 4.Aufl.1961 Bd.I S.232 u.) HessVGH, ESVGH Bd.14, 200ff, 203
4) Imboden S.181; Menger, VwArch.Bd.52(1961), 210f.; Rupp I S.62; Martens S.471
5) Barocka S.19; Beinhardt S.260
6) a.a.O.S.83ff., b)

zu erkennen, daß es die unmittelbare Vollstreckung aus ö.r. Verträgen nicht zulasse.

II. Die Stellungnahme des Entwurfs

Die Verfasser des Entwurfs hatten bei der Regelung des § 47 E zwischen drei Möglichkeiten die Wahl[1]:

1. Der ö.r.Vertrag ist für beide Vertragspartner ein vollstreckbarer Titel, und zwar auch bei Verträgen zwischen Staat und Bürger. Diese Meinung wird, soweit ersichtlich, nirgends vertreten

2. Der ö.r.Vertrag ist nur für die Behörde ein vollstreckbarer Titel, während sich der am Vertrag beteiligte Bürger im Weg der Klage einen Vollstreckungstitel zur Durchsetzung seiner Vertragsrechte beschaffen muß. Das entspricht in etwa der vorherrschenden Meinung.

3. Der ö.r.Vertrag ist nur dann ein vollstreckbarer Titel, wenn sich der Vertragspartner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Sonst jedoch muß jede Vertragspartei sich im Weg der Klage einen vollstreckbaren Titel zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Vertragsrechte verschaffen.

Mit Recht haben sich die Verfasser des Entwurfs in § 47 E für die dritte Lösung entschieden.

1. Die Argumente der herrschenden Meinung sind mit dem Vertragskonzept nicht zu vereinbaren. Der Vertrag schafft gleichgeordnete Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, die bis zu ihrer Abwicklung fortdauern. Der am Vertrag beteiligte Hoheitsträger verliert zwar nicht seine Eigenschaft als Träger der Ordnungsgewalt, hat sich aber doch als Vertragspartei selbst in seine zweite Erscheinungsform als Rechtssubjekt begeben und ist durch den Vertragsabschluß daran gebunden. Es kann ihm daher auch nicht freistehen, sich in Bezug auf den Vertrag seiner Eigenschaft als Rechtsordnungssubjekt zu bedienen. Daß die Verwaltung - auch bezüglich des Gegenstands der Vertragsregelung - in ihren Rechtsetzungsbefugnissen nicht gebunden werden kann[2] steht dem nicht entgegen, denn diese Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips deckt nicht

1) vgl. Einzelbegr. zu § 47 E, S.203
2) vgl. oben 3.Teil § 2 IV , insbes. 4.,c), S.107f.

auch die einseitige Zwangsdurchsetzung der Vertragsrechte durch den beteiligten Hoheitsträger, die als rein verwaltende Tätigkeit anzusehen wäre.

Die herrschende Meinung geht auch zu einseitig nur von ö.r. Verträgen zwischen Staat und Bürger aus. Bezieht man ihre Konsequenzen auf ö.r.Verträge zwischen zwei Verwaltungsträgern oder zwischen Privaten, so muß sie versagen. Man käme dann zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß jeder Vertragspartei der Verwaltungszwang gegen die andere zusteht, sowie sie auf ihrem vermeintlichen Vertragsrecht beharrt und dessen Erfüllung wünscht.

Aber auch beim ö.r.Vertrag zwischen der Verwaltung und dem Bürger genügt es nicht, den letzteren auf einen formlosen Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde zu verweisen. Ein solcher auf dem Petitionsrecht (Art.17 GG) beruhender Rechtsbehelf gibt nur ein Recht auf informativen Bescheid[1], verpflichtet aber die Aufsichtsbehörde nicht, ihre Aufsichtsrechte zu gebrauchen bzw. die vertragsbeteiligte Behörde zur Vertragserfüllung zu zwingen.
Ebenso wenig genügt dem von der Zwangsdurchsetzung bedrohten Bürger die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend §§ 167 Abs. 1 VwGO, 767 ZPO[2]. Sie setzt einmal einen vollstreckbaren Titel voraus; zum anderen ist sie nicht dazu bestimmt, eine Entscheidung über die Gültigkeit des zu vollstreckenden Rechts herbeizuführen, sondern nur über Einwendungen, die erst nach rechtskräftigem Urteil entstanden sind und daher nicht mehr geltend gemacht werden konnten.

2.Dagegen hat Lerche seine gegenteilige Auffassung[3] aus dem

1)BVerfGE 2,225; Hamann Art.17 Anm.6; Landmann-Giers-Proksch S. 259 m.w.N.; Maunz-Dürig, Art.17 I 5., Rdnr.5ff.
2)so aber Rupp,JuS 1961,62, Beinhardt S.260, die meinen, wenn man die unmittelbare Vollstreckung zulasse, so müsse man auch in der Vollstreckungsgegenklage alle materiellen Einwendungen erheben können.
3)Lerche S.84f.klammert 2 Fälle aus:1,der ö.r.V.hebt frühere Rechtsgrundlagen nicht auf;die darin begründeten Verhaltenspflichten sind ebenso vollstreckbar wie wenn der ö.r.V.nicht abgeschlossen wäre.2,der ö.r.V.ist Tatbestandsmerkmal in einer Rechtsnorm, bei dessen Vorliegen die Norm einem der Vertragspartner ö.r.Pflichten auferlegt. In beiden Fällen handelt es sich aber nicht um die Durchsetzung vertraglich, sondern gesetzlich festgelegter Rechtspflichten.

positiven Recht überzeugend begründet. Gegen Mengers Bedenken, daß die Verwaltung bei fehlender Bestandskraft des ö.r. Vertrags in ihren Wirkungsmöglichkeiten beeinträchtigt wäre, hat er zutreffend eingewendet, daß sich die Verwaltung der Möglichkeit einstweiliger Anordnungen durch das Gericht (§ 123 VwGO) und ihrer Vollstreckung (§ 168 Abs.1 Z.2 VwGO) bedienen kann.

3. Gegen die herrschende Meinung sprechen entscheidend noch zwei weitere Erwägungen:

a) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erlaubt Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung[1]. Die subjektiven vertraglichen Rechte sind kein Gesetz im Sinn dieses die Eingriffsverwaltung beschränkenden Grundsatzes[2]. Das ergibt sich schon daraus, daß Art.19 Abs.1 GG i.V.m. Art.2 und 14 GG zu solchen Eingriffen einen allgemein geltenden Rechtssatz fordert. Daran fehlt es; das Verwaltungsvollstreckungsgesetz gibt, wie Lerche nachgewiesen hat, keine gesetzliche Ermächtigung für die Durchsetzung vertraglicher Rechte der Verwaltung. Ein solches Eingriffsrecht kann sich daher allenfalls auf die Einwilligung des Vertragsgegners stützen. Sie ist aber im bloßen Vertragsabschluß nicht mitenthalten und kann auch solange keiner Vertragspartei unterstellt werden, als sie nicht ausdrücklich zum Vertragsinhalt geworden ist, etwa in Form einer sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung[3].

b) Die einseitige Zwangsdurchsetzung seiner Vertragsrechte durch den beteiligten Hoheitsträger widerspricht auch Art. 19 Abs.4 GG, solange dem einzelnen nur die Vollstreckungsabwehrklage gegen diese Maßnahmen zur Verfügung steht. Den Anforderungen des Art.19 Abs.4 GG wäre nur dann genügt, wenn in der Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen gegen den materiell-rechtlichen Anspruch erhoben werden könnten. Dazu ist diese Klage aber nicht bestimmt. Auch

1) vgl. BVerfGE 8,274,325;9,83,87;9,137;BVerwGE 2,114ff,116
2) zum Gesetzesbegriff vgl. H.J. Wolff Bd.I § 24 II S.104ff.
3) das Postulat, durch ö.r.V. dürfe die öffentliche Gewalt nicht erweitert werden, ist insoweit zu weitgehend, vgl.o. 2.Teil § 1 IV 5., S.43f.

eine Anfechtungsklage gegen solche Vollstreckungsakte wäre nur ein unvollkommenes Rechtsmittel, weil sie nur gegen die Androhung und Durchführung Vollstreckungsmaßnahme selbst, nicht aber gegen das ihr zugrunde liegende (vertragliche) Recht gerichtet sein könnte[1].

Allerdings könnten sich über die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.4 GG selbst auf das vertragliche Koordinationsverhältnis Zweifel erheben. So zieht man aus dem Begriff der "öffentlichen Gewalt" den Schluß, Art.19 Abs.4 GG erfasse nicht Parteistreitigkeiten zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern[2]. Das steht aber hier nicht entgegen, wo sich die Behörde ihrer übergeordneten Stellung als Organ eines Trägers öffentlicher Gewalt zur Durchsetzung ihrer vertraglichen Rechte bedient.

Zweifelhaft könnte auch sein, ob der von solchen einseitigen Vollstreckungsakten der Behörde betroffene Vertragspartner in seinen Rechten i.S.v. Art.19 Abs.4 GG verletzt ist; die ganz herrschende Meinung verlangt für eine Rechtsverletzung i.S.v. Art.19 Abs.4 GG, daß der Betroffene in gesetzlich statuierten Rechten verletzt ist[3]. Dagegen ist zu erinnern, daß die Rechtsweggarantie allen subjektiven öffentlichen Rechten gerichtlichen Schutz gewährt[4]. Lässt man den ö.r.Vertrag als Rechtsform des Verwaltungshandelns zu, so sind vertraglich begründete Rechte nicht weniger schutzwürdig als solche, die das objektive Recht dem einzelnen zuspricht[5].

Als Ergebnis ist daher de lege lata festzustellen, daß der ö.r.Vertrag selbst kein vollstreckbarer Titel ist und somit jede Vertragspartei zur einseitigen Durchsetzung ihrer Ver-

---

1) vgl.Ule a.a.O.S.103; vgl.auch BVerwGE 6,321 sowie DVBl.1957,58
2) Maunz-Dürig,GG-Komm.Art.19 Abs.4 Rdnr.22 m.w.N.
3) v.Mangoldt-Klein,Art.19 Anm.VII 3,e, 4, S.573; Maunz-Dürig, GG-Komm.Art.19 Abs.4 Rdnr. 29 und 35
4) Art.19 Abs.4 GG beschränkt sich nicht auf den Schutz der Grundrechte, vgl.Hamann Art.19 Anm.15; Maunz-Dürig,GG-Komm. Art.19 Rdnr.33m37
5) eine beachtliche Meinung im Schrifttum versteht auch unter Rechten i.S.d.Art.19 Abs.4 GG alle subjektiven persönlichen Rechte, vgl. die Nachweise bei v.Mangoldt-Klein Art.19 Anm. 3 c

tragsrechte eines vollstreckbaren Titels bedarf.

Allerdings hat Lerche de lege ferenda vorgeschlagen, dort die unmittelbare Vollstreckung aus dem ö.r.Vertrag zuzulassen, wo er an die Stelle des Normvollzugsakts im Bereich der obrigkeitlichen Verwaltung tritt[1]. Solche subordinationsrechtlichen Verträge sind nach der hier vertretenen Auffassung nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung zulässig. Es erscheint daher besser, die von Lerche vorgeschlagene Regelung erforderlichenfalls den gesetzlichen Einzelermächtigungen außerhalb des Entwurfs zu überlassen. Die in Lerches Vorschlag enthaltenen Differenzierungen wären im Entwurf mit seiner erstmaligen und daher noch sehr allgemein gefassten gesetzlichen Regelung des ö.r.Vertrags auch kaum durchführbar.

1)a.a.O. S.88

Lebenslauf

Als Sohn des Regierungsdirektors i.R. Dr.Fritz Weiß und seiner Ehefrau Wilhelmine, geb.Haag, wurde ich am 20.Oktober 1938 in Weingarten / Kreis Ravensburg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Weingarten trat ich in das Humanistische Spohngymnasium in Ravensburg ein und legte dort im Frühjahr 1958 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich neun Semester Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen, Kiel und zuletzt München, wo ich im Frühjahr 1963 die Erste Juristische Staatsprüfung bestand. Im Mai 1963 trat ich als Gerichtsreferendar in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein und bestand im Dezember 1967 die Zweite Juristische Staatsprüfung. Nach mehrmonatiger Tätigkeit in einem Ravensburger Anwaltsbüro wurde ich im Juni 1968 in den höheren Dienst der Finanzverwaltung des Landes Baden-Württemberg als Finanzassessor aufgenommen und befinde mich seit April 1970 als Regierungsassessor beim Finanzamt Tuttlingen.